Urkundenbeweis und Mündlichkeit des Verfahrens nach deutschem und französischem Strafprozeßrecht

Ein Beitrag zur Neuerfassung und Neugestaltung
unseres Strafverfahrens

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der
Friedrich-Wilhelms-Universität in Berlin

Vorgelegt von
GERHARD ZIEGLER
Gerichtsreferendar

Promotion am 16. März 1934

Druck: Steglitzer Verlagsanstalt G.m.b.H., Berlin-Steglitz, Schützenstr. 7
1934

336

Referent: Prof. Dr. Eduard Kohlrausch

Correferent: Senatspräsident Prof. Dr. Karl Klee

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

A. Einleitung: Fragestellung und Methode 9
B. Abhandlung: Urkundenbeweis und Mündlichkeit nach deutschem und französischem Strafprozeßrecht 11

Allgemeiner Teil.

I. Gegenstand und Grenzen des Urkundenbeweises 11
a) Gegenstand des Urkundenbeweises 11
1. Die Urkunde 11
aa) Begriff der Urkunde 11
bb) Verwendungsmöglichkeiten der Urkunde in der Beweisaufnahme 11
2. Die Urkunde als Beweismittel 12
b) Grenzen des Urkundenbeweises 12
1. Die verschiedenen Meinungen über die Gefahren des Urkundenbeweises 12
2. Die Frage nach einer apriorischen Minderwertigkeit des Urkundenbeweises bei einer Technik der Wahrheitserforschung 13
3. Die Bedeutung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze für die Ausgestaltung des Urkundenbeweises 15
aa) Der Mündlichkeitsgrundsatz und die subjektive Unmittelbarkeit 15
Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im objektiven Sinne . . . 16
bb) Die Bedeutung dieser Grundsätze in ihrer heutigen Deutung für den Urkundenbeweis 19
II. Grenzen des Urkundenbeweises in der Geschichte des Strafverfahrens 20
a) Das älteste Verfahren 20
1. Das rein mündliche Verfahren 20
2. Erste Wandlungen des mündlichen Verfahrens 21
b) Das Eindringen fremden Rechts 22
1. Die Ursachen des Eindringens 22
2. Das römisch-kanonische Verfahrensrecht als fremdes Recht . . 23
c) Der Kampf gegen das fremde Recht 26
1. Die Einführung des débat oral in Frankreich 26
aa) Grundlagen des débat oral 26
bb) Der débat oral 27
cc) Die Einschränkungen des débat oral 29
dd) Kritik des débat oral 30
2. Die Abkehr vom schriftlichen Verfahren in Deutschland . . . 31
aa) Gründe für die langsame Entwicklung in Deutschland . . 31
bb) Das erste Auftreten der neuen Idee 32

Seite

cc) Erste Mißverständnisse um das mündliche Verfahren . . 33
dd) Die Bedeutung Feuerbachs und Mittermaiers in dem Kampf um das mündliche Verfahren 33
ee) Die Entscheidung im Kampf um das mündliche Verfahren 36
III. Ergebnis: Die aus der Geschichte gewonnene Idee des mündlichen Verfahrens als Grenze des Urkundenbeweises, ihre jetzige gesetzliche Formulierung und die Prozeßreform 37

Besonderer Teil.

Erster Abschnitt: Der Urkundenbeweis nach geltendem deutschen und französischen Strafprozeßrecht 40
I. Form des Urkundenbeweises im deutschen und französischen Strafprozeß 40
a) Die Verlesung als einzige Form des Urkundenbeweises 40
1. Urkundenbeweis und Urkundenbericht 40
2. Urkundenbeweis und Urkundenvorhalt 42
b) Art und Umfang der Verlesung 43
II. Die verlesbaren Urkunden im deutschen und französischen Strafprozeß 43
a) Die grundsätzliche Einschränkung des Urkundenbeweises durch § 250 StPO. und Art. 317 code d'instr. crim. 43
1. § 250 im allgemeinen 43
2. Die drei Fälle des Urkundenbeweises im Rahmen des § 250 44
aa) Der Urkundenbeweis beim Fehlen von Auskunftspersonen 44
bb) Der Urkundenbeweis beim Vorhandensein von Auskunftspersonen, die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen keine Zeugen sein können 44
cc) Der Urkundenbeweis zur Unterstützung des Zeugenbeweises 45
3. Die Ansicht des Reichsgerichts über die Verlesung von Urkunden zur Feststellung, daß Urkunden dieses Inhalts vorhanden seien 46
b) Ausbau des Mündlichkeitsgrundsatzes in § 253 46
1. Protokollverlesung zur Unterstützung des Gedächtnisses . . . 46
aa) § 253 I StPO. 46
bb) Die französische Auffassung 47
2. Protokollverlesung zur Feststellung oder Beseitigung von Widersprüchen 48
aa) § 253 II StPO. 48
bb) Art. 318 code d'instr. crim. 49
c) Die Durchbrechung des Mündlichkeitsgrundsatzes nach §§ 254, 251 und 256 StPO. 49
1. § 254 StPO. 49
aa) Allgemeines über den Unterschied zwischen §§ 253 u. 254 49
bb) Zwei Auslegungsfragen 50
Verlesung eines polizeilichen Protokolls zur Erzielung eines Geständnisses 50
Das unter Zwang abgelegte Geständnis 50
cc) Französisches Recht 50

Seite

2. § 251 StPO. 50
aa) § 251 I 50
bb) Die kommissarische Vernehmung 51
cc) Französisches Recht 52
3. § 256 StPO. 52
aa) Allgemeines über § 256 52
bb) Zwei Auslegungsfragen 53
Leumundszeugnisse 53
Aerztliche Atteste 53
cc) Französisches Recht 53
d) Die Einschränkungen des Urkundenbeweises durch Beweisverbote 54
1. Deutsches Recht 54
aa) Zeugen, die nach § 252 nachträglich von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen 54
bb) Unzulässig beschlagnahmte Schriftstücke 54
2. Französisches Recht 55
e) Sonderfälle des Urkundenbeweises 55
1. Der Urkundenbeweis in der Berufungsinstanz 55
aa) Deutsches Recht 55
bb) Französisches Recht 56
2. Der Urkundenbeweis im deutschen Wiederaufnahmeverfahren 56
3. Der Urkundenbeweis im französischen Kontumazialverfahren 56
III. Die Protokollierung der Verlesung 57
Zweiter Abschnitt: Die bisherigen Reformbestrebungen 57
C. Schluß: Wert der Erkenntnisse 58

Schrifttum.

Abegg, Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen und preußischen Criminalprozeß. 1825.

Abegg, Lehrbuch des gemeinen Criminalprozesses. 1835.

Adickes, Zur Verständigung über die Justizreform. 1907.

Alsberg, Der Beweisantrag im Strafprozeß. 1930.

Amtliche Entwürfe, Berichte und Protokolle:

1. Entwurf einer Deutschen Strafprozeßordnung, Berlin im Januar 1873. Nebst Motiven und Anlagen zu den Motiven. Decker, 1872. (E. u. M. 72/73.)
2. Entwurf einer Deutschen Strafprozeßordnung und Motive dazu. Nach den Beschlüssen der von dem Bundesrat eingesetzten Kommission. Decker 1873. (E. Komm. 73.)
3. Bericht der XI. Kommission über den Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderungen und Ergänzungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung Nr. 73 der Drucksachen. (Bericht der XI. Komm.)
4. Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses, 1905 (Komm. Prot. 05).
5. Amtlicher Entwurf einer Strafprozeßordnung nebst Begründung, 1908. (E. 08.)
6. Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, Reichsratsvorlage 1919. (E. 19.)
7. Amtlicher Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung. 1929. (E. 29.)

Aschrott, Die Reform des Strafverfahrens und der zur Zeit vorliegende Gesetzentwurf. 1895.

Baierische Malefizordnung. 1616.

Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß. 1903. Strafrechtl. Abh. Nr. 46.

Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht. 1928.

Bendix, Die Neuordnung des Strafverfahrens. 1921.

Bennecke, Zur Geschichte des deutschen Strafprozesses. 1886.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozesses. 2. Aufl. 1900.

Binding, Der Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderungen und Ergänzungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Straßprozeßordnung. 1895.

Bornhak, Zur Reform des Strafprozesses. ZStW. 19, 64.

Braun, Hauptstücke des öffentlich-mündlichen Strafverfahrens. 1845.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. 2 Bd. 1887, 1892.

Brunner, Quellen und Geschichte des deutschen Rechts, in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaften. 1915.

Brunner-Heymann, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 7. Aufl. 1919.

v. Bülow, Die Reform unserer Strafrechtspflege. 1893.

Carolina, in der Ausgabe von Koch. 4. Aufl. 1787.

Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).

Deutsche Justiz (DJ.).

Deutsches Recht (DR.).

Ditzen, Ueber Zeugenbeweisanträge im Strafverfahren. ZStW. 10, 111 ff.

Doerner, Das Laienrichtertum in der Strafrechtspflege, DJ. 1934, 154.

Dohna, Graf zu, Das Strafprozeßrecht. 2. Aufl. 1925.

Dreyer, Bemerkungen zu den Beschlüssen der Reichstagskommission betr. die Beratung des Entwurfs einer Strafprozeßordnung. 1875.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.).

Entwürfe, siehe: Amtliche.

Festgabe für Frank. 1930.

Feuerbach, Betrachtungen über das Geschworenengericht. 1813.

Feuerbach, Erklärungen des Präsidenten von Feuerbach über seine angeblich geänderte Ueberzeugung in Ansehung der Geschworenengerichte. 1819.

Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. 1821.

Französisches Schrifttum:

1. Faustin-Hélie, pratique crim. des cours et tribunaux IV. ed. 1928, code d'instr. crim.
2. Garraud, traité théorique et pratique d'instr. crim. et de procédure pénale (1907—1926).
3. Leloir, code d'instr. crim. 1898.
4. Poittevin, code d'instr. crim. annoté, 1911, 1926.
5. Rivière, codes français, 1905.

Garraud, siehe: französisches Schrifttum.

Gautier, Le débat criminelle et les essais actuels de réforme, révue pénale Suisse 1899.

Gerland, Der deutsche Strafprozeß. 1927.

Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß. 1883.

Glaser, Handbuch des Strafprozesses I. 1883.

v. Gneist, Vier Fragen zur deutschen Strafprozeßordnung. 1874.

Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage. 1925.

Goldschmidt, in JW. 1929, 2996.

Goltdammers Archiv (GA.).

Hahn, Die gesamten Materialien zur StPO. 1880.

Heckscher, Mängel des Strafverfahrens und Vorschläge zur Abhilfe. 1888.

Hegler, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß, Rechtsgang 1913.

Heinze, Strafprozessuale Erörterungen, Beiträge zur Kritik der dem Reichstag vorliegenden Entwürfe einer Strafprozeßordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes. 1875.

Hélie, siehe: französisches Schrifttum.

Hepp, Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens. 1842.

v. Hippel, Der Entwurf einer Strafprozeßordnung. 1909.

v. Hippel, Der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, ZStW. 41, 325 ff.

Höchster, Lehrbuch des französischen Strafprozesses. 1850.

Juristische Wochenschrift (JW.).

Kalbskopf, Die Urkunde als Beweismittel im Strafprozeß. 1913.

Kleinfeller, Das schwurgerichtliche Verfahren und der Entwurf einer Strafprozeßordnung. 1909.

Kohlrausch-Mannheim, Erläuterte StPO. 23. Aufl. 1933.

v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1892.

v. Kries, In ZStW. 6, 88 ff.

Krug, Wie läßt sich Mündlichkeit des Criminalprozesses mit Urkundlichkeit, Entscheidungsgründen und II. Instanz über die Tatfrage vereinigen? 1847.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (LZ.).

Leloir, siehe: französisches Schrifttum.

Leue, Der mündliche öffentliche Anklageprozeß und der geheime schriftliche Untersuchungsprozeß in Deutschland. 1840.

Liszt, Die Reform des Strafverfahrens. 1906.

Löwe-Rosenberg, Kommentar zur StPO. 19. Aufl. 1933.

Mayer, Der Entwurf einer deutschen Strafprozeßordnung. 1874.

Merkwürdige Urteile neuerer französischer Rechtsgelehrten über Geschworenengericht und französische Criminaljustiz, gesammelt von einem deutschen Rechtsgelehrten. 1819.

Meyer, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung in Gefahr. GA. 74.

Mittermaier, Handbuch des Peinlichen Prozesses. 1810.

Mittermaier, Die öffentliche mündliche Strafrechtspflege und das Geschworenengericht in Vergleichung mit dem deutschen Strafverfahren. 1819.

Mittermaier, Theorie des Beweises im Peinlichen Prozesse. 1821.

Mittermaier, Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse. 1834.

Mittermaier, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschworenengericht. 1845.

Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landesgesetzbücher. 1846.

Mittermaier, Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren. 1856.

Motive, siehe: Amtliche Entwürfe.

Nicolai, Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie. 1932.

Planck, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens. 1857.

Poittevin, siehe: französisches Schrifttum.

Das Recht.

Rivière, siehe: französisches Schrifttum.

Rosenberg, Der Mythus des 20. Jahrhunderts. 1933. 12. Aufl.

Rosenfeld, Deutsches Strafprozeßrecht. 1926.

Savigny, Prinzipienfragen in Beziehung auf eine neue Strafprozeßordnung. 1846.

Schäfer, Zeugnis vom Hörensagen und freie Beweiswürdigung im Strafprozeß. 1933.

Schwarz, Strafprozeßordnung. 2. Aufl. 1932.

v. Schwarzkoppen, Die Wahrheit über Dreyfus, aus dem Nachlaß herausgegeben von Bernhard Schwertfeger. 1930.

Spindler, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit. In Aschrott, Reform des Strafprozesses. 1906.

Stübel, Das Criminalverfahren in den deutschen Gerichten. 1811.

Thierfelder, Anselm von Feuerbach und die bayerische Strafprozeßgesetzgebung von 1813. ZStW. 53, 403 ff.

Ueber das mündliche und öffentliche Verfahren in Criminalsachen. 1821.

Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1893.

Zachariä, Grundlinien des gemeinen deutschen Criminalprozesses. 1837.

Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens. 1846.

Zachariä, Handbuch des deutschen Strafprozesses. 1861.

Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft (ZStW.).

A.

Obwohl unsere Strafprozeßordnung 55 Jahre alt ist, herrscht auf dem Gebiete des Urkundenbeweises noch eine kaum zu überbietende Unsicherheit. Zwar hat auch das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen zu der Frage der Zulässigkeit des Urkundenbeweises Stellung genommen. Diese Entscheidungen haben aber das Dunkel um den Urkundenbeweis nicht zu erhellen vermocht. Das liegt vor allem wohl daran, daß das Reichsgericht, wie viele andere auch, den Schlüssel zur Lösung der hier gestellten Fragen in dem Unmittelbarkeitsgrundsatz erblickt. Es übersieht dabei, daß der Unmittelbarkeitsgrundsatz — wie schon Hegler zeigt [1]) — selbst einer Auslegung bedarf, ja, daß sogar seine Existenzberechtigung bezweifelt wird. [2]) Es liegt auf der Hand, daß ein so umkämpftes Prinzip nicht ohne weiteres selbst wieder Maßstab für die Auslegung von Rechtsnormen sein kann.

Weiter darf man nicht außer acht lassen, daß das Reichsgericht wie die Wissenschaft der letzten Jahrzehnte diesen Grundsatz als abstraktes Formalprinzip [3]) aufgefaßt hat, dessen Tragweite man logisch-konstruktiv [4]) im Sinne einer voraussetzungslosen Wissenschaft [5]) bestimmen könne. Der Nationalsozialismus, dessen programmatische Satzung staatsrechtlicher Gehalt des Dritten Reiches geworden ist, hat die Voraussetzungslosigkeit der Wissenschaft besonders kritisch betrachtet. [6]) Die Streitfragen über diese Voraussetzungslosigkeit sind nicht von heute. Sie lassen sich ohne weiteres begreifen, wenn man berücksichtigt, daß jede Erkenntnistheorie allgemeine nicht durch Zeit, Raum oder zeiträumliches Geschehen gebundene Wertsetzungen zu gestalten versucht.

Die Voraussetzung hierbei ist eben die Möglichkeit, Raumzeitliches wegzudenken oder fernzuhalten.

Es handelt sich also hier um eine einmalige Willensentscheidung der erkenntnistheoretischen Untersuchung, die für die ganze Untersuchung Geltung haben soll.

Man hat nun den Fehler gemacht, zu glauben, daß der einmalige Willensakt überhaupt nicht notwendig sei und daß die Voraussetzungslosigkeit eine Art selbstverständlichen allgemeinverbindlichen Glaubenssatz bilde. Am stärksten war dies im juristischen Positivismus ausgeprägt. [7])

Der Grundgedanke dieses erkenntnistheoretischen Vorgehens ist deshalb für das ganze Recht von erheblichster Bedeutung, weil die Ablehnung des Positivismus die Verneinung der Möglichkeit bedeutet, Rechtssätze abstrakt, d. h. losgelöst vom Einzelfall zur Untersuchung zu bringen.

---

1) Rechtsgang I und II.

2) Näheres hierüber Anm. 13, JW. 1930, 3486 und Festg. f. Frank, S. 331, Anm. 1.

3) Ebenso Ullmann S. 473 und Scanzony in JW. 1925, 997, Anm. 53, die ohne jede Begründung die Geltung eines Unmittelbarkeitsgrundsatzes annehmen. Aehnlich Goldschmidt, JW. 1929, 2996, der sie, falls § 250 nicht genügt, aus dem Prozeßzweck an sich herleiten will. Ferner Dreyer, S. 45, der in demselben Sinne von dem „Prinzip der strikten Mündlichkeit" spricht.

4) So z. B. Goldschmidt außer JW. 1929, 2996, im Prozeß als Rechtslage, S. 450, Anm. 2381 und v. Kries, ZStW. 6, 88 ff. und 97, 110, die diesen Grundsatz aus § 250 abzuleiten versuchen.

5) Ueber den Fehler, Probleme nur abstrakt zu behandeln, als seien Begriffsbestimmungen etwas „an sich" Bestehendes: Rosenberg S. 580—81, ebenso S. 57.

6) Grundlegend für die hier angewandte Betrachtungsweise: Rosenberg S. 119 ff. und 628—29. Völlig übereinstimmend hiermit: DR. 4. Jhg. S. 41; ferner Schmitt: Die Betrauung Alfred Rosenbergs im VB. vom 1. 2. 1934.

7) Auf dem Gebiete unserer Untersuchung liegt z. B. der von J. Goldschmidt JW. 1929, 2996 aufgestellte Satz, die Unmittelbarkeit sei, auch wenn man sie nicht aus § 250 StPO. ableiten könne, ein allgemeines Postulat.

Am besten hat das die Sprache des germanischen Menschen in seinem Rechtssprichwort zum Ausdruck gebracht: das als gleichgeordnete Maßstäbe für die rechtliche Betrachtungsweise erklärt, ein Fall müsse nach Recht und Billigkeit entschieden werden.

Damit ist die konkrete Betrachtungsweise in den Mittelpunkt gerückt und ein allgemeingültiges abstraktes Formalprinzip abgelehnt.

Eine Untersuchung nach den Grenzen des Urkundenbeweises, die für die nationalsozialistische Neuerfassung und Neugestaltung des Strafverfahrens einen Wert haben soll, kann sich deshalb nicht mit Anworten auf die Fragen begnügen, ob logische Erwägungen oder in Verfahrensgrundsätzen zusammengeballte allgemeine Erfahrungen zu einer engen oder weiten Begrenzung des Urkundenbeweises zwingen. Man muß vielmehr darüber hinaus, wie es im Allgemeinen Teil dieser Arbeit versucht ist, die Entwicklung unseres Verfahrensrechts bis zum Ursprung verfolgen und danach forschen, welchen Sinn eigentlich die sogenannten Verfahrensgrundsätze haben sollten und ob nicht wiederum die Erfahrungen selber, die man darin zu finden glaubt, einer rassisch bedingten Wertung unterliegen. Nur so wird es möglich sein, unser geltendes Recht von den ihm anhaftenden Schlacken zu befreien und etwaige Lücken aufzuweisen.

Eine weitere Ursache für die noch vorhandene Dunkelheit auf dem Gebiete des Urkundenbeweises ist übrigens neben der großen Sprödigkeit des Stoffes wohl darin zu erblicken, daß man bisher in der Wahl der Methoden bei der Behandlung dieses Beweismittels nicht ganz zweckmäßig verfahren ist. Dies gilt besonders von der internen Rechtsvergleichung, die vor allem Hegler bei der Behandlung des Urkundenbeweises in seiner bekannten Abhandlung „Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß" benutzt hat.

Schon Mittermaier [1]) rügt mit Recht an dieser Methode, daß sie der gänzlichen Verschiedenheit der im Zivil- und Strafverfahren verfolgten Ziele und der dadurch bedingten Verschiedenartigkeit des Verfahrens nicht gerecht werde.

Diese Fehlerquelle fällt bei der externen Rechtsvergleichung fort. Daher folgt die Arbeit dieser Methode. Es lag dabei nahe, das französische Recht zu einem Vergleich heranzuziehen, nicht etwa, weil es als Vorbild hingestellt werden soll, sondern weil es in großen Zügen unserm Verfahrensrecht ähnelt und außerdem auch mit der Entwicklung unseres Verfahrensrechts in engstem Zusammenhange steht.

Freilich besteht bei einem derartigen Vergleich die Gefahr, daß man sich durch die äußere Gleichheit der Ideen täuschen läßt, [2]) die beiden Verfahrensrechten zugrunde liegen.

Dieser Nachteil darf jedoch nicht überschätzt werden. Er wird zudem durch die Vorteile des hier gewählten Vergleichs reichlich aufgewogen, der uns mit dem französischen Begriff des „débat oral" nicht nur die grundlegende Idee gerade unseres Verfahrens finden läßt, sondern uns auch zeigt, wie überall das Recht trotz bester Fassung der Gesetze ins Wanken gerät, sobald die tragenden Ideen mißverstanden, vergessen oder absichtlich nicht mehr berücksichtigt werden. Außerdem führt uns dieser Vergleich in einen Abschnitt unserer Rechtsgeschichte, der, so wichtig wie sonst vielleicht keiner auf diesem Gebiet, uns die ersten Befreiungsversuche von einem uns fremden Rechte zeigt.

Ebenso wie hiernach im Allgemeinen Teil der Abhandlung der Hauptwert auf die Herausarbeitung der den Prozeß beherrschenden und damit auch die Grenzen des Urkundenbeweises bestimmenden Ideen gelegt werden mußte, durfte auch der Besondere Teil nur Grundsätzliches enthalten, wenn er bei der Fülle der Entscheidungen zu den einzelnen Bestimmungen nicht den Blick vom Wesentlichen ablenken sollte.

Vielleicht ist es so möglich, über Zwischenlösungen hinaus zu einer endgültigen Klärung der für die Praxis so wichtigen Fragen zu gelangen, außerdem aber durch die hier gewonnenen Ergebnisse zu einer Neuerfassung und Neugestaltung unseres Strafverfahrens beizutragen.

1) Lehre v. Beweise S. 50 ff. und Handb. I S. 39.
2) Ueber diese Gefahr: Mot. z. d. E. 73 S. 11.

B. Allgemeiner Teil.

Ia/1aa.

Während auch heute die Umgrenzung des Urkundenbegriffes im materiell-strafrechtlichen Sinne noch Schwierigkeiten bereitet, ist dies bei dem prozessualen Begriffe der Urkunde nicht mehr der Fall. Die herrschende Lehre geht vielmehr dahin, daß im Strafprozeß unter Urkunde jedes Schriftstück zu verstehen ist, in das ein Mensch durch Schriftzüge ohne Rücksicht auf einen eventuellen Beweiszweck einen Gedankeninhalt gelegt hat.[1]) Gegenstand des Urkundenbeweises sind demnach nur Schrifturkunden. Die französische Lehre spricht deshalb auch treffender als wir nicht von „preuve par documents", sondern von „preuve par écrit".[2])

1bb.

Auch die Fassung „preuve par écrit" ist aber noch mißverständlich, weil nicht überall dort ein Fall des Urkundenbeweises vorzuliegen braucht, wo Schriftstücke innerhalb der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zur Verwendung kommen. Dies folgt aus der allgemeinen Lehre vom Beweise. Danach können Schriftstücke auch Gegenstand der Augenscheinseinnahme sein. In diesen Fällen kommt es nicht auf den gedanklichen Inhalt[3]) der Urkunden an, sondern auf ihr Vorhandensein und ihre Beschaffenheit, indem z. B. die Schriftzüge der Unterschriften miteinander verglichen werden.

Ebensowenig liegt ein Fall des Urkundenbeweises vor, wenn das Gericht Schriftstücke während der Beweisaufnahme in der Weise verwendet, daß es Fragen an den Angeklagten oder die Zeugen nach dem Inhalte der Urkunde stellt, indem es z. B. fragt, ob der Zeuge oder der Angeklagte sich daran erinnern könne, dieses oder jenes geschrieben zu haben. Obwohl hier der Inhalt des Briefes im Wege des Vorhalts wiedergegeben wird, handelt es sich theoretisch[4]) nicht um eine Beweisergänzung, sondern um einen Vernehmungsbehelf. Das folgt daraus, daß der Vorhalt aus der Urkunde nicht etwa eine Erklärung ersetzen, sondern erst eine Erklärung hervorrufen soll.[5])

Um einen Fall des Urkundenbeweises handelt es sich im Gegensatze zu den beiden eben erwähnten Möglichkeiten der Verwendung von Urkunden nur dann, wenn der gedankliche Inhalt der Urkunde als Beweismittel benutzt, d. h. selbst Urteilsgrundlage werden soll.[6])

---

1) Vgl. Beling S. 311; Gerland S. 234; RGSt. 65, 294—5; Kalbskopf S. 9—10 und Garraud II, 140; Näheres z. Begr. d. Urkunde ferner Alsberg S. 198—200.

2) Z. B. Garraud II, 140.

3) Daher zum mindesten mißverständlich Planck, Syst. Darst. S. 378, der bei der Erwähnung von Urkunden, die Mittel oder Gegenstand des Verbrechens bilden, diese Unterscheidung nicht scharf unterstreicht.

4) Näheres darüber, wie weit praktisch zwischen Beweisergänzung und Vernehmungsbehelf unterschieden werden kann, s. S. 42. Zum Vernehmungsbehelf in Frankreich vgl. „Leloir" art. 319 Nr. 27; Poittevin, app. zu art. 316 Nr. 25. Ueber einen Fall der Anwendung des pouvoir discrétionaire vgl. Poittevin art. 322 Nr. 102 und Leloir art. 269 Ziff. 19—27.

5) Vgl. Oetker, JW. 1925, 2474[1]; und Alsberg S. 212.

6) Ebenso v. Hippel: Der Entwurf S. 112; E. 19 § 244 und Kalbskopf S. 17.

Ia/2.

Allerdings war man noch zur Zeit des schriftlichen Prozesses der Auffassung, daß die Urkunde kein selbständiges Beweismittel sei,[1]) sondern bestenfalls ein Indiz[2]), und zwar ein indicium proximum[3]) darstelle. Daraus ist es auch zu erklären, daß man in der Geschichte recht wenig von der Urkunde als Beweismittel hört.

Demgegenüber kann nach der heute herrschenden Ansicht die Urkunde Beweis über die relevanten Tatsachen selbst erbringen. Wie jedes andere Beweismittel kann aber auch die Urkunde dem Gericht nur eine relative Wahrheit vermitteln[4]), d. h. aus der Erkenntnis heraus, daß auch die scheinbar sichersten Sinneswahrnehmungen und Schlüsse falsch sein können, muß sich das Gericht damit begnügen, durch den Inhalt der Urkunde die „Ueberzeugung"[5]) von dem Vorhandensein der relevanten Tatsachen zu erlangen.

Ib/1.

Freilich sind die Meinungen darüber geteilt, ob die Urkunde dem Gericht diese Ueberzeugung ebensogut vermittelt wie die andern Beweismittel. Von der einen Seite hört man: nur die persönlichen Beweismittel wie Zeugen und Sachverständigen seien zum Beweise geeignet.[6]) Von der andern Seite ertönen Stimmen: Der Zeugenbeweis sei nach Kenntnis jedes Erfahrenen der schlechteste Beweis[7]) und die Urkunde das einzig zuverlässige Beweismittel, hinter das alle andern Beweismittel zurücktreten müßten.

Beide Meinungen lassen sich auf die verschiedenste Weise begründen. Für die erste Ansicht und damit für eine besondere Einschränkung des Urkundenbeweises spricht insbesondere der Umstand, daß die Urkunde tatsächlich im Gegensatze zu den persönlichen Beweismitteln, den Zeugen und Sachverständigen, einen beschränkten Gedankeninhalt hat.[8]) Das zwingt oft zu einer Auslegung der Urkunde.[9]) Hierbei eröffnet sich die Fehlerquelle, daß aus einer Auslegung eine unzulässige Ergänzung der Urkunde entsteht, daß also die Gedanken des Richters nicht nur eine Beweiswürdigung, sondern eine Beweisergänzung darstellen. Hinzu kommt, daß bei Zeugen und Sachverständigen der Eid als Druckmittel zur Erzielung einer wahren Aussage oder eines wahren Gutachtens vorhanden ist, während bei der Urkunde diese Garantie in der Regel fehlt. Ebenso hält man zuweilen den Eindruck, den die Oeffentlichkeit der Gerichtsverhandlung auf den Aussagenden macht, für eine Garantie der Wahrheit, die bei der Urkunde ebenfalls fehle. Schließlich betrachtet man den Urkundenbeweis auch als überflüssige Benutzung des Indizienbeweises, indem der Richter, soweit nicht das Delikt, wie z. B. bei der Beleidigung durch einen Brief, in der Urkunde selbst enthalten sei (unmittelbarer Urkundenbeweis), aus der Urkunde zunächst nicht auf die relevante Tatsache schließe, sondern auf die Hilfstatsache, daß jemand (der vom Richter vermutete Aussteller) eine Urkunde dieses Inhalts hergestellt habe.

---

1) So Stübel, § 2671; Mittermaier, Handb. II, 273—5 und 404 und Lehre v. Beweis S. 381, 383: Der Urkundenbeweis als versteckter Zeugen- oder Sachverständigenbeweis; ferner Theorie d. B. S. 341. Schon nicht mehr so schroff in: d. d. Strafverf. S. 427—28. Anders hauptsächlich Abegg, Lehrb. S. 222, nach dem die Urkunde i. form. Sinne selbständig. Beweismittel sind. Eine Zusammenfassg. d. verschied. Meinungen enthält Zachariä, Grundl. S. 234. Den Uebergang z. heutig. Auffass. bildet Planck, Systm. Darst. S. 378, der die Urkunde ohne Einschränkung als selbst. Beweismittel erwähnt.

2) So Mittermaier, Hdb. II S. 420; als Quell von Indizien: Theorie S. 365.

3) Mittermaier, Hdb. II, 407, 419: Er beweist das in der Urkunde enthaltene Beweismittel.

4) Ebenso Dohna S. 93. Fälschlich spricht Leue S. 133 von formeller u. materieller Wahrheit.

5) Ueber den Begriff der Ueberzeugung vgl. die treff. Ausführungen von Mittermaier, Theorie S. 67; ebenso RGZ. 15, 339: Abstrakte Möglichkeiten d. Nichteintritts eines Tatbestandes sind immer möglich. Wie hier noch Glaser S. 112, nach dem ein Indizienbeweis früher nur einen Verdacht begründete.

6) Z. B. Mittermaier, Hdb. I S. 724; Meyer GA. 74, 351 und Spindler S. 463.

7) Z. B. Wach, JW. 1918, 797.

8) Aehnlich wohl Meyer, GA. 74, 351.

9) Nach Mittermaier, Hdb. II S. 402 steht die Urkunde verschlossen da und beantwortet keine Zweifel.

Einen Nachteil des Urkundenbeweises, der zu einer Einschränkung führen müßte, kann hierin jedoch nur zur Zeit der absoluten Beweisregeln gesehen werden. Hiervon haben sich aber sowohl der „code d'instruction criminelle", als auch die StPO. abgewandt.[1]) Das geht eindeutig daraus hervor, daß in beiden Prozeßordnungen das Recht der freien Beweiswürdigung — la conviction intime du juge — gilt, dem die Pflicht des Gerichts zur Anwendung des Satzes: „in dubio pro reo" zur Seite gestellt ist.[2])

Für die zweite Ansicht und damit zugunsten des Urkundenbeweises spricht außerdem die Erwägung, daß das geltende Recht den Indizienbeweis nicht nur zuläßt, sondern auch, daß die Furcht vor dem Indizienbeweis oft nicht begründet ist.[3]) Mit Recht halten sie viele Schriftsteller, z. B. Garraud II, 283, für ein Vorurteil.[4]) Zutreffend führt Garraud aus: „A la double condition que le fait circonstantiel soit absolument établi et que son rapport avec le fait principal soit direct les indices peuvent acquérir une importance prépondérante et décisive dans le procès." Damit weist Garraud — durchaus mit Recht — darauf hin, daß der Indizienbeweis häufig dem unmittelbaren Beweise nicht nur gleichwertig ist, sondern ihn mitunter sogar übertrifft.[5]) Dies ist besonders dann der Fall, wenn seit der Tat eine längere Zeit verstrichen ist und die Zeugen sich an die betreffenden Vorgänge entweder überhaupt nicht mehr erinnern können oder von ihnen nur noch ganz unklare Vorstellungen haben. Es kann kaum einem Zweifel unterliegen, daß in diesen gewiß nicht seltenen Fällen der Urkundenbeweis dem Zeugenbeweise bei weitem überlegen ist.[6])

Ueberdies spricht gegen eine Einschränkung des Urkundenbeweises, daß sich — wie auch Hegler betont[7]) — apriorisch eine Minderwertigkeit des indirekten Beweises deshalb nicht feststellen läßt, weil oft nicht klar ist, was direkter und indirekter Beweis ist. Schließlich: selbst wenn man, wie Gerland[8]), von dem Grundsatz ausgeht, daß das Gericht bei der Beweisaufnahme stets die beste Erkenntnisquelle zu benutzen hat, so läßt sich doch vor der Durchführung der Beweisaufnahme meist gar nicht sagen[9]), welcher Weg der sicherere ist, die Benutzung des persönlichen Beweismittels oder des sächlichen: der Urkunde.

Faßt man all diese Erwägungen über die Vor- und Nachteile des Urkundenbeweises zusammen, so ergibt sich, daß man zwar mit einer Einschränkung des Urkundenbeweises gewisse Gefahrenquellen abschneiden kann, nicht aber, ob und in welchem Umfang eine Einschränkung des Urkundenbeweises überhaupt erforderlich ist. Infolgedessen erscheint es zweckmäßig, bei der Suche nach den Grenzen des Urkundenbeweises von folgender Fragestellung auszugehen:

Sind Urkunden ihrem Wesen nach zur Wahrheitsermittlung weniger geeignet als andere Beweismittel oder können Einschränkungen auch auf anderen Gründen als nur dem Wert dieses Beweismittels beruhen?

Ib/2.

Vom Standpunkt der bisher herrschenden Lehre ist diese Frage ohne weiteres im Sinne der geringeren Geeignetheit zu beantworten. Ein anderes Ergebnis hätte in die bisherige Denkweise auch gar nicht hineingepaßt, weil man ja stets zu vermeiden suchte, unwägbare Kräfte in Betracht zu ziehen.

Freilich ist der von der Wissenschaft der letzten Jahrzehnte als Ausgangspunkt gewählte Satz, daß Verfahrenssätze, insbesondere Beweissätze, Erfahrungssätze sind, nicht ohne weiteres als falsch zu bezeichnen. Er bedarf jedoch in

1) Vgl. Gerland S. 194 und Höchster S. 6.
2) Vgl. Hélie S. 180 Nr. 201 und S. 386 Nr. 483, sowie Höchster S. 58.
3) Ueber die Unentbehrlichkeit der Indizien Dohna S. 87.
4) Ebenso Tichauer, DJZ. 1930, 537.
5) Vgl. auch Garraud I, 561 über dir. und indir. Beweis.
6) Vgl. zu der möglichen Ueberlegenheit des indir. Beweises Hegler II, 325; Bennecke-Beling S. 252—3 und Gerland S. 169.
7) II, 349, der etwas ungenau von dir. u. indir. Beweismittel spricht.
8) S. 173. Ebenso Goldschmidt, JW. 1929, 2996.
9) Aehnlich Hegler II, 346.

zweifacher Hinsicht einer Ergänzung, ohne die er nicht zu einem richtigen Ergebnis führen kann:

Einmal sind Verfahrenssätze nicht nur Erfahrungssätze, sondern außerdem Träger rassischer Werte.[1]) Dann aber handelt es sich bei den Erfahrungen, wie gerade die verschiedenen Meinungen über den Wert des Urkundenbeweises zeigen, ebenfalls um rassisch bedingte und nicht etwa um allgemein-gültige Erfahrungen.

Wieweit die Verfahrenssätze auch Träger rassischer Werte sind, wird eine rassengeschichtliche Betrachtung unseres Strafverfahrens aufzufinden haben. Die Tatsache selbst beweist der Umstand, daß wir durch die Einführung des mündlichen Verfahrens zuerst gerade auf dem Gebiete des Verfahrensrechts versucht haben, uns von einem uns wesensfremden Verfahren zu befreien.[2])

Ebensowenig kann man die zweite Tatsache, das Fehlen allgemeingültiger Erfahrungen zur Begrenzung des Urkundenbeweises, durch logische Erwägungen aus der Welt schaffen. Wenn man trotzdem zu einem andern Ergebnis gelangt ist, so hat man übersehen, daß Erfahrungen nur von lebenden Menschen gemacht werden können.[3]) Bei der rassischen Verschiedenheit der Menschen[4]) können demgemäß natürlich auch die Erfahrungen, die man in äußerlich gleichliegenden Fällen mit Urkunden gemacht hat, nicht immer dieselben sein.

Eine Rettung der alten Konstruktion von allgemein-gültigen Erfahrungen über den Urkundenbeweis dürfte auch nicht dadurch zu erreichen sein, daß man sagt, es müsse doch so etwas wie eine Technik der Wahrheitserforschung geben, für die bei allen Völkern wenigstens gewisse einheitliche Grundregeln über den sichersten Weg zur Wahrheit vorhanden sein müßten. Hiergegen spricht zunächst die Erwägung, daß, wenn man einmal von der Tatsache rassisch bedingter Erfahrungen ausgeht, man auch nicht zwischen einheitlichen Grundregeln und dem, was diese Grundregeln nachträglich etwa noch rassisch ausgestalten oder färben könnte, unterscheiden kann. Wo sollte hier überhaupt die Grenze zwischen den einheitlichen Grundregeln und dem, was dazu kommen soll, liegen? Außerdem bezieht sich ja das Rassische gerade auf den Ursprung Infolgedessen wird die Verschiedenheit der Ausgestaltung des Beweisverfahrens gerade bei den Grundregeln, also der Art des Suchens nach der Wahrheit und dem Recht, zu finden sein. Dabei wird mit der kulturellen Entwicklung und der rassischen Verschiedenheit die Beweisaufnahme in ihrer Wertung verschieden gestaltet sein und teilweise Erkenntnismittel, teilweise aber auch nur rein technisches Verfahren für ein psychologisches Nachbilden eines Ereignisses sein.

Je mehr die staatliche Gewalt fortschreitet, desto mehr wird man einen unmittelbaren Rechtsbeweis führen, je mehr aber eine Rasse Freiheitsliebe aufweist, desto mehr wird sie sich bei fortschreitender Staatsgewalt im Interesse der Freiheitsliebe Garantien gegen menschliche Unvollkommenheiten bei der Beweisaufnahme wünschen und desto mehr wird sie darauf dringen, Garantien durch die Verfeinerung der Technik des Beweisverfahrens für den Betroffenen zu schaffen. Demnach wird, selbst wenn sich die Erfahrungen für und gegen den Urkundenbeweis wie 1 : 1 gegenüberstehen sollten, dies nicht ohne weiteres zu einer Einschränkung des Urkundenbeweises führen. Den Ausschlag wird hier vielmehr die gefühlsmäßige[5]), wie wir heute sagen: die rassisch-bedingte Einstellung zu der Urkunde als Beweismittel geben.[6])

---

1) Eine, wenn auch den Wert der Rassengesetze noch nicht berücksichtigende Andeutung findet sich schon bei Abegg, Grundriß S. IV: Es sei die Nationalindividualität, die dem Prozeß seinen Charakter verleihe.

2) Vgl. z. B. die Ausführungen bei Leue S. 191, die selbst wieder in der Darstellung einer unserem Wesen angepaßten Rechtsdynamik nordische Züge zeigen.

3) So wird man beispielsweise polizeiliche Protokolle in Staaten, in denen Korruption an der Tagesordnung ist, anders bewerten, als in Staaten mit anerkannt sauberer Verwaltung und gut geschulten Beamten.

4) Grundlegend über die Bedeutung der rassischen Verschiedenheit für das Recht: Nicolai S. 26, 30.

5) Bezeichnend hierfür der Hinweis Abeggs, Grundriß S. VIII, daß Volks- und daher auch alte Verfahrensrechte Bücher auf poetische Art seien.

6) Bezeichnend hierfür Garraud II S. 139, der dort von der „anglo-saxon graphophobie" spricht und fortfährt: „La procédure française n'a pas cette horreur de la preuve écrite".

Hiernach kann von einer apriori begründeten Minderwertigkeit[1]) des Urkundenbeweises gegenüber den andern Beweisarten nicht die Rede sein.

Ib/3aa.

Es kommt deshalb darauf an, ob man die Verfahrensgrundsätze in ihrer bisherigen Deutung[2]) zu einer Begrenzung des Urkundenbeweises verwenden kann.

Das Reichsgericht erörtert bei seinen Entscheidungen über die Auslegung des § 250 StPO. hauptsächlich den Unmittelbarkeitsgrundsatz.[3]) Verschiedentlich wird in diesem Zusammenhange auch der Mündlichkeitsgrundsatz behandelt.[4]) Das zwingt zu einer Auseinandersetzung mit den Ansichten über beide Grundsätze.

Während Hegler[5]) und auch Goldschmidt[6]) die Unmittelbarkeit in den Vordergrund stellen[7]) und zwischen Unmittelbarkeit im subjektiven und objektiven Sinne unterscheiden[8]), haben vor ihnen Feuerbach[9]) und Zachariä[10]) auf die Mündlichkeit als entscheidenden Faktor Wert gelegt. Diese Ansicht kann man schlecht wie Hegler[11]) mit der Bemerkung bekämpfen: Früher habe man die feineren Unterschiede nicht gekannt. Zachariä z. B. hat sie sehr wohl gekannt und zwischen der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit im subjektiven Sinne unterschieden. Er hat es jedoch für unzweckmäßig gehalten, beides als selbständige, nebeneinander bestehende Grundsätze aufzufassen.[12]) Es ist bezeichnend, daß man auch in der französischen Wissenschaft zunächst nur den Mündlichkeitsgrundsatz, das „principe du débat oral" erörtert und erst später, etwa parallel mit unserer Entwicklung, von der Unmittelbarkeit zu sprechen begonnen hat.[13]) Auf Grund dieser Tatsachen erscheint es angebracht, den Mündlichkeitsgrundsatz als Ausgangspunkt einer Erörterung der geltenden Verfahrensgrundsätze zu wählen.

Sprachlich stellt der Mündlichkeitsgrundsatz den Gegensatz zum Grundsatze der Schriftlichkeit dar. Er verbietet demnach, daß der Richter die Akten als Entscheidungsgrundlage benutzt. Positiv ausgedrückt heißt das, daß die Beweismittel in der Beweisaufnahme selbst produziert werden müssen, und daß das Gericht nur das Material als Urteilsgrundlage verwerten darf, das zuvor Gegenstand der Verhandlung in Gegenwart der Parteien gewesen ist.[14]) Demnach dürfte selbst nach der bisherigen Auffassung der Verfahrensgrundsätze als abstrakter Formalprinzipien der Unmittelbarkeitsgrundsatz im subjektiven Sinne, unter dem man die Pflicht des Gerichts zu verstehen hat, die Beweisaufnahme ohne Einschieben eines Zwischenrichters — intermédiaire — vor sich stattfinden zu lassen, nichts Neues darstellen. Sie dürfte vielmehr, wie zunächst auch in Frankreich[15]), als Teilerscheinung des Mündlichkeitsgrundsatzes aufzufassen sein.[16])

---

1) Aehnlich lehnt auch Schäfer S. 5 die praktische Brauchbarkeit von apriori angestellten Ueberlegungen beim Zeugen vom Hörensagen ab.

2) Näheres darüber Beling, RStPRecht S. 315 ff.; Hegler I 207 Anm. 4 und 208 Anm. 2 und 5; ferner Schäfer S. 2.

3) Z. B. JW. 1925 S. 997 Nr. 53.

4) Z. B. Kohlrausch-Mannheim Anm. 1 zu § 250 StPO. und Hegler I, 394—5 und II, 319.

5) Z. B. I, 213; II, 272.

6) Prozeß als Rechtslage S. 434 Anm. 2288, vor allem S. 450 Nr. 2381.

7) Die hiermit im Widerspruch stehende französische Auffassung ist wohl am deutlichsten aus den Worten Garrauds III, 516 ersichtlich, der uns eine „consequence excessive de l'immédiateté vorwirft.

8) Ohne Unterschied spricht z. B. v. Kries, Lehrb. S. 346—48 vom Unmittelbarkeitsgrundsatz.

9) Oeffentlichkeit und Mündlichkeit S. 199 ff.

10) Handb. I S. 49.

11) I, 193.

12) Hdb. S. 49.

13) Garraud II, 419.

14) So schon Planck, System. Darst. S. 193—94. Aehnlich S. 14 i. d. Schrift: Ueber das mündl. u. öffentl. Verf. in Criminalsachen von 1821 u. Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichk. und Mündlichk. S. 199 ff.

15) So schon Braun S. 12.

16) Unrichtig daher Ullmann S. 37 ff., der Identität beider Grundsätze annimmt. Die subjektive Unmittelbarkeit ist weniger als die Mündlichkeit.

Dafür spricht einmal die geschichtliche Entwicklung, die man anscheinend auf Grund der Ausführungen von Hegler[1]), man habe bisher nicht scharf genug unterschieden, ganz außer acht gelassen hat. Danach hat man den inneren Zusammenhang von Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im subjektiven Sinne stets dadurch zum Ausdruck zu bringen versucht, daß man wörtlich oder dem Sinne nach von der durch die Mündlichkeit beabsichtigten Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gesprochen hat.[2])

Ausschlaggebend ist jedoch wohl der Umstand, daß kaum ein Fall denkbar ist, in dem nicht mit einer Einschränkung der sogenannten Unmittelbarkeit im subjektiven Sinne eine Einschränkung des Mündlichkeitsgrundsatzes zusammentrifft.[3]) Man denke nur an das Beispiel des kommissarisch vernommenen Zeugen. Hier handelt es sich einmal um ein mittelbares Verfahren, weil die Zeugenaussage zunächst durch die Subjektivität eines Richters — Zwischenrichters — geht[4]), der nicht das erkennende Gericht darstellt. Dann aber liegt vor allem eine wesentliche Einschränkung des Mündlichkeitsgrundsatzes vor, weil das Beweismittel nicht selbst in der Hauptverhandlung produziert wird, der Angeklagte sich daher nur gegen das Protokoll mit der Aussage des kommissarisch vernommenen Zeugen verteidigen kann.

An diesem Beispiel läßt sich wohl auch nachweisen, daß die Unmittelbarkeit im subjektiven Sinne eigentlich nichts anderes ist als die Mündlichkeit, nur von einer anderen Seite aus betrachtet. Genau so gut nämlich, wie man positiv davon sprechen kann, daß die Aussage des kommissarisch vernommenen Zeugen durch die Subjektivität eines Zwischenrichters gehe, kann man negativ sagen, daß das Gericht sein Urteil nicht auf eine Aussage stütze, die mündlich in der Hauptverhandlung abgegeben ist, sondern auf eine Urkunde: das Protokoll mit der Aussage des Zeugen.[5])

Auch der Sinn und der Zweck der Unmittelbarkeit im subjektiven Sinne geht in dem Sinn und Zweck der Mündlichkeit vollkommen auf;[6]) denn es kommt in beiden Fällen in der Hauptsache doch darauf an, daß in der Hauptverhandlung Zeugen und Sachverständige, d. h. lebendige Beweismittel, vorhanden sind, die mündlich aussagen[7]), und nicht nur Urkunden, deren Bewertung durch das Gericht viel schwieriger ist als die Bewertung mündlicher Aussagen anwesender Personen, Urkunden, gegen die sich der Angeklagte viel schwieriger verteidigen kann als gegen die ihm gegenüberstehenden Zeugen und Sachverständigen.

Anders verhält es sich dagegen mit der Unmittelbarkeit im objektiven Sinne. Sie bezieht sich im Gegensatze zur subjektiven Unmittelbarkeit nicht auf das „Wie", sondern auf das „Was" des Beweises und bedeutet, daß der Richter das den relevanten Tatsachen nächste Beweismittel zu benutzen hat. Dieser Satz ist als Rechtssatz jedoch nur in einem Verfahren mit Beweisregeln, nicht dagegen bei freier Beweiswürdigung des Gerichts denkbar. Infolgedessen kommt er zur Begrenzung des Urkundenbeweises nicht in Betracht.

Das wird freilich vielfach bestritten und dagegen ausgeführt, der Gesetzgeber könne doch nicht an dem Erfahrungssatze vorbeigegangen sein, daß eine kürzere Schlußkette sicherer ist als eine lange. Dabei wird jedoch zweierlei übersehen: Es ist weder in Deutschland bei den Beratungen über die StPO. davon gesprochen worden, daß der Richter das den relevanten Tatsachen nächste Be-

1) I, 193.

2) So vor allem Zachariä, Die Gebrechen S. 5; Mittermaier, die Gesetzgebung S. 2; ferner Mot. z. E. u. M. 72—73 S. 172; E. Kom. 73 S. 128, sowie S. 127 zu §§ 208—213 Abs. IV.; Heckscher S. 31; u. Zachariä, Hdb. S. 49.

3) Auch nicht bei der Augenscheineinnahme in den von Mannheim, Festg. f. Frank S. 331—2 erwähnten Fällen. Umgekehrt sind dagegen Fälle denkbar, in denen ein Urkundenbeweis nicht mit der Mittelbarkeit im subjektiven Sinne zusammentrifft, z. B. wenn kein Zeuge vorhanden ist. Aehnlich Hegler I, 213. Gerade das ist eben wieder ein Beweis dafür, daß es in der Hauptsache auf die Frage der Mündlichkeit oder Schriftlichkeit des Verfahrens ankommt.

4) Hegler I, 213.

5) Deshalb unzutreffend Hegler I, 388, der beim kommissarisch vernommenen Zeugen keine Verletzung des Mündlichkeitsgrundsatzes annimmt.

6) Ebenso wohl Dohna S. 164.

7) So auch Braun S. 26. Richtig deshalb auch die Allg. Verw. Verfg. d. OLG.-Präs. Breslau zu § 223 StPO. in JW. 1932, 1794.

weismittel zu benutzen habe [1]), noch ist in Frankreich von der „immédiateté de la preuve" im Sinne der objektiven Unmittelbarkeit [2]) die Rede. Auch ist der Gesetzgeber keineswegs an dem allgemeinen Erfahrungssatze, nach dem eine kürzere Schlußkette in der Regel sicherer ist als eine längere, vorbeigegangen. Nur hat der Gesetzgeber diesen Erfahrungssatz in anderer Weise berücksichtigt, als die Verfechter der Lehre von dem Unmittelbarkeitsgrundsatz annehmen. [3]) Insbesondere hat § 250 StPO. hiermit nichts zu tun. [4]) Vielmehr kommt als einzige Vorschrift, die diesem Satze Geltung verschaffen kann und soll, nur der § 261 in Betracht. [5]) Danach ist das Gericht nicht an Beweisregeln gebunden. Es hat vielmehr die Beweise frei zu würdigen. Aus dem Sinne des Strafprozesses, der zur Verurteilung des Schuldigen und zur Freisprechung des Unschuldigen führen muß, folgt, daß diese Freiheit in der Beweiswürdigung nicht etwa freies, sondern pflichtgemäßes Ermessen bedeutet. Mit diesem pflichtgemäßen Ermessen wäre es unvereinbar, wenn das Gericht sich über jeden Erfahrungssatz hinwegsetzen könnte. [6]) Zu weit würde es aber gehen, wenn man in jeder Verletzung eines Erfahrungssatzes einen Revisionsgrund erblicken müßte. [7]) Einer solchen Ansicht würde auch die Erwägung entgegenstehen, daß bei Berücksichtigung der Verletzung ungeschriebener Erfahrungssätze alle Vorschriften überflüssig wären, die zur Sicherung eines zweckmäßigen Verfahrens aus allgemeinen Erfahrungen geschaffen sind.

Aus diesen Gründen hat nach § 261 StPO. das Gericht wohl den Erfahrungssatz zu berücksichtigen, daß die kürzeste Schlußkette in der Regel die sicherste ist. Zur Benutzung des den relevanten Tatsachen nächsten Beweismittels und damit zur Zurückdrängung des Urkundenbeweises beispielsweise hinter den Augenscheinsbeweis ist es aber durch diese Vorschrift nicht gezwungen. Derselben Ansicht ist übrigens Hegler [8]), der von einer Klugheitsregel spricht, einen Rechtssatz dieses Inhalts aber verneint. Hiernach wäre ein entgegengesetztes Ergebnis nur dann möglich, wenn man in der Uebergehung dieser Regel einen Ermessensmißbrauch (détournement de pouvoir) erblicken müßte. Dies ist aber nach der schon recht weitgehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts nur bei der Verletzung der allgemeinsten Denkgesetze der Fall. Dazu gehören unzweifelhaft Erfahrungssätze mit so flüssigen Grenzen wie der Unmittelbarkeitsgrundsatz im objektiven Sinne schon wegen der Relativität [9]) des Begriffes „Beste Erkenntnisquelle" nicht. Unter diesen Umständen ist es unmöglich, von einer allgemeinen Geltung des Satzes zu sprechen, nachdem vor dem weiteren das nähere Beweismittel zu benutzen ist. Damit ist aber dem Unmittelbarkeitsgrundsatze die Grundlage entzogen.

Sie läßt sich auch nicht etwa im § 250 StPO. finden [10]), nach dem grundsätzlich der Zeugenbeweis nicht durch den Urkundenbeweis ersetzt werden darf. Bei dieser Auslegung des § 250 wird leider übersehen, daß § 250 nur im Zusammenhange mit den übrigen Vorschriften über den Urkundenbeweis, also §§ 249 bis 256 StPO., verstanden werden kann. [11]) Aus dem Zusammenhange dieser Vorschriften ergibt sich, daß es sich hier nur um die Ausgestaltung des Mündlichkeitsgrundsatzes handelt. [12]) Ueberdies wäre es unbegreiflich, wenn der

1) Hahn S. 861.
2) Garraud II, 419 und III, 515—6.
3) Goldschmidt, JW. 1929, 2996; v. Kries, ZStW. 6, 88 ff; vor allem 97, 110; Scanzony Anm. 53 in JW. 1925, 997; Ullmann S. 473; Beling, RStPRecht S. 319 und vermittelnd Bennecke-Beling S. 250 d; 251—3.
4) Vgl. Kohlrausch-Mannheim Anm. 1 zu § 250.
5) Diese Bestimmung und nicht § 250 war auch im ersten Urteil gegen Bullerjahn verletzt, vgl. hierzu Kohlrausch Anm. 4 zu § 261 und Schäfer S. 56.
6) Ebenso Kohlrausch-Mannheim Anm. 4 zu § 261.
7) Ebenso Kohlrausch-Mannheim Vorb. 8 zu § 244.
8) II, 328 Anm. 1.
9) Darin dürfte der eigentliche Grund für die unterschiedliche Behandlung von Denkgesetzen und Erfahrungssätzen im Rahmen des § 261 StPO. beruhen. Während nämlich Denkgesetze ins Gebiet der reinen Logik gehören und damit etwas Absolutes darstellen, tragen Erfahrungssätze immer einen Unsicherheitsfaktor, der in der Relativität der Erfahrungen beruht, in sich.
10) Ebenso Kohlrausch-Mannheim Anm. 1 zu § 250 und RGSt. 48, 246; ferner JW. 1926, 2448 Nr. 3.
11) Ebenso Glaser nach ZStW. 6, 89.
12) Ebenso Hegler II, 319.

Gesetzgeber bei der sorgfältigen Regelung des Beweisrechts etwas so Wichtiges wie den Unmittelbarkeitsgrundsatz, der doch für alle Beweismittel gelten müßte, in einer Vorschrift nur für den Urkundenbeweis versteckt haben sollte. Es ist wohl anzunehmen, daß der Gesetzgeber dann schon eine Sondervorschrift für alle Beweismittel geschaffen hätte, wenn er den mittelbaren Beweis — denn darum handelt es sich doch — subsidiär machen oder ganz ausschließen wollte. Zu einer solchen Auslegung zwingt auch nicht etwa die Erwägung, daß durch die Gleichstellung des mittelbaren mit dem unmittelbaren Beweise die Erforschung der materiellen Wahrheit gefährdet würde. Im Gegenteil läßt sich vor Durchführung des Beweises meist gar nicht sagen, ob der direkte Beweis sicherer ist als der indirekte.[1]) Ebenso sind auch bei unbeschränkter Zulässigkeit des mittelbaren Beweises die sich im Prozeß teils gegenüberstehenden, teils sich deckenden Interessen des Angeklagten und der Gesamtheit durch die StPO. soweit berücksichtigt, daß durch die Zulassung des mittelbaren Beweises keiner einen Nachteil erleidet. Im Gegenteil kann der Staat oft ein Interesse daran haben, einen kostspieligen, unmittelbaren Beweis zu sparen. Demgegenüber sind die Interessen des Angeklagten hinreichend durch den Satz geschützt: in dubio pro reo. Weiterhin haben Allgemeinheit und Angeklagter oft das gleiche Interesse daran, das Verfahren möglichst bald zu Ende zu führen. Auch diesem Interesse müßte das Verbot des mittelbaren Beweises in vielen Fällen entgegenstehen. Hinzu kommt, daß in manchen Fällen eine Scheidung, was der nähere, was der weitere Beweis ist, unmöglich ist. Außerdem kann zuweilen erst der mittelbare Beweis Anhaltspunkte und Hinweise auf ein besseres Beweismittel geben. Schließlich ist der unmittelbare Beweis mitunter überhaupt nicht möglich. Infolgedessen wäre bei einem Verbote des mittelbaren Beweises, worunter in gleicher Weise Urkunden wie Zeugen vom Hörensagen fielen, der materiellen Wahrheit eher geschadet als genützt. Zudem braucht der Angeklagte (jetzt teilweise anders durch die Verordnung vom 14. Juni 1932, Kap. I, Art. 3 § 1) sich in der Regel keineswegs mit dem mittelbaren Beweise zu begnügen. Ihm steht vielmehr zum Schutze seiner Interessen nach §§ 244, 254 StPO. das Recht zu, durch Beweisanträge oder Herbeischaffung von Beweismitteln einen unmittelbaren Beweis zu verlangen.[2]) Ferner spricht auch die Bestimmung des § 325 StPO.[3]) gegen die Auffassung, § 250 lege den Unmittelbarkeitsgrundsatz fest. Wenn nämlich die Unmittelbarkeit, wie die Verteidiger dieses Grundsatzes mitunter anführen, die „letzte Garantie der materiellen Wahrheit"[4]) wäre, dann wäre dieses Verbot überhaupt nicht denkbar, weil die Rechtsmittelinstanz doch gerade Fehler beseitigen soll, ihr deshalb nicht durch eine Vorschrift wie § 325 StPO. diese „letzte Garantie der Wahrheit" genommen werden dürfte.

Endlich widerlegen die Verteidiger dieses Grundsatzes ihre Ansicht dadurch, daß auch sie ganz allgemein den subsidiär mittelbaren Beweis für zulässig halten.[5]) Wäre die Unmittelbarkeit wirklich die „letzte Garantie der Wahrheit", so müßten sie vor allem, um dieser Erkenntnis Rechnung zu tragen, auch einen nur subsidiären mittelbaren Beweis wegen Gefährdung der Wahrheit ablehnen oder eine einschränkende Wertung durch Beweisregeln fordern. Das ist nun aber auch ihnen wieder wegen der Vorschrift des § 261 StPO. nicht möglich, weil, wie sie richtig erkannt haben, ein völliger Ausschluß des mittelbaren Beweises — man vermeidet hier bezeichnenderweise gewöhnlich, von Indizienbeweis zu sprechen — nicht nur eine Einschränkung, sondern eine Aufhebung des Rechtes der freien richterlichen Beweiswürdigung darstellen würde.[6])

Ueber diese Erkenntnis hinaus hat man aus § 261 StPO. bisher für die Frage der Unmittelbarkeit recht selten irgendwelche Schlüsse gezogen. Insbesondere hat man noch nicht zu der besonders wichtigen Frage Stellung genommen, ob in einem Verfahren mit freier richterlicher Beweiswürdigung der Unmittelbarkeitsgrundsatz im objektiven Sinne überhaupt zu einem Rechts-

1) Ebenso Schäfer S. 5.
2) So vor allem Ditzen, ZStW. 10, 153.
3) Vgl. auch § 49 StPO.
4) Vgl. v. Kries, ZStW. 6, 96.
5) Vgl. Gerland S. 172; Beling, DRStPRecht S. 319 u. Goldschmidt, JW. 1929 S. 2996.
6) Zutreffend Löwe-Rosenberg Anm. 4 zu § 69: Dieses Verbot würde das Verbot einer ungerechtfertigten Schlußfolgerung sein.

satz ausgestaltet werden kann, dessen Verletzung eine Revision begründet. Schon aus der Fragestellung ergibt sich, daß dies nicht möglich ist. Freie richterliche Beweiswürdigung und die Bindung an Beweisregeln, sei es auch nur in der Form eines allgemeinen subsidiären Indizienbeweises, stehen sich denn auch derart schroff als Gegensätze gegenüber, daß man schlechterdings weder in einem Verfahren mit Beweisregeln die freie richterliche Beweiswürdigung einführen, noch in einem Verfahren mit freier richterlicher Beweiswürdigung durch Ausschaltung oder Einschränkung des Indizienbeweises Beweisregeln schaffen kann. [1] Eine relative negative Beweisregel würde man aber in unser Verfahren einzwängen, wenn der Richter die den relevanten Tatsachen ferneren Beweismittel erst nach den näheren benutzen dürfte. Dies ist der tiefste Grund dafür, daß der Unmittelbarkeitsgrundsatz im objektiven Sinne bei uns ebensowenig gilt wie im französischen Recht mit seiner „conviction intime du juge". Infolgedessen kann man bei uns auch nie davon sprechen, daß der Unmittelbarkeitsgrundsatz durch die Benutzung irgendwelcher Urkunden verletzt sei.

Ib/3bb

Hiernach kommt selbst bei einer Auffassung der Verfahrensgrundsätze als abstrakter Formalprinzipien zur Begrenzung des Urkundenbeweises nur der Mündlichkeitsgrundsatz [2]) in Betracht, der, wie bereits dargestellt (S. 15 ff.), den Unmittelbarkeitsgrundsatz im subjektiven Sinne umfaßt. Dasselbe drückt der Kommissionsentwurf von 1873 aus, der sagt, daß einige Bestimmungen über den Urkundenbeweis in naher Beziehung zum Grundsatz der Mündlichkeit ständen. [3])

Bei einer Anwendung dieses Grundsatzes zur Auslegung der Normen über den Urkundenbeweis dürften sich jedoch nach der bisherigen Deutung dieses Grundsatzes unüberwindliche Schwierigkeiten ergeben. Diese Schwierigkeiten rühren daher, daß man bei einer logisch konstruktiven Begründung des Mündlichkeitsgrundsatzes seinem Sinn und Zweck und damit seiner Tragweite nicht gerecht werden kann. So kommt es auch, daß das Reichsgericht in seiner Rechtsprechung über den Urkundenbeweis den Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit immer wieder verletzt hat [4]), obwohl es in den einzelnen Entscheidungen seine Verletzungen ausdrücklich verneint.

Hier hilft auch nicht die Erwägung, daß der Mündlichkeitsgrundsatz eine Zusammenballung von Erfahrungen darstelle, die gegen eine Benutzung des Urkundenbeweises sprächen; denn damit ist [5]) noch nicht gesagt, ob diese Erfahrungen so zu werten sind, daß sie zu einer völligen Beseitigung des n i c h t a u s d r ü c k l i c h e r l a u b t e n Urkundenbeweises zwingen oder nur seine Verwendung in bestimmten Fällen verbieten. Das ist aber gerade die Frage.

Im übrigen dürfte es auch nicht richtig sein, was ein liberales Zeitalter uns glauben machen wollte: daß der Mündlichkeitsgrundsatz nur ein Konglomerat von Erfahrungen darstelle, in Wirklichkeit also ein Institut bilde, das die Hauptgarantien für die Freisprechung des unschuldig Angeklagten enthalte. Hierbei wird übersehen, daß gerade der Strafprozeß Ausdrucksform eines organischen Willens, wie Abegg [6]) vom Standpunkt der damaligen Zeit aus richtig betont, der Nationalindividualität, ist, daß also die rassisch bedingte Idee [7])

1) Eine Andeutung hierfür vielleicht bei Spindler S. 464.

2) In diesem Zusammenhange sei darauf hingewiesen, daß eines der neuesten Gesetze, das Ges. z. Ordn. d. nat. Arbeit, RGBl. 1934 S. 45 ff. in § 47 II auch nur von der mündl. Verh. spricht.

3) Mot. dazu S. 127.

4) Z. B. RGSt. 61, 9 und 72; ferner JW. 1928, 2722 und RGSt. 60, 170 und 59, 100. JW. 1926, 2169 Nr. 5; JW. 1927, 2708 Nr. 31 und 1929, 1648 Nr. 56.

5) Wie unter I b 1 S. 12/13 dargelegt ist.

6) Grundriß S. IV.

7) Schon Mittermaier, Die Gesetzgb. S. V—IV, geht davon aus, daß es sich hier um bestimmte Formideen handelt. Wenn er auch, wie sich aus den Ausführungen S. 14 und 31 d. Arb. ergibt, irrtümlich annimmt, daß es sich im französischen und deutschen Verfahren um dieselben Ideen handelt, so hebt doch auch er hervor, daß die Durchführung der Ideen nach dem Volkscharakter verschieden ist, die Ideen also mindestens nachträglich hierdurch bestimmt werden. Ä h n l i c h spricht Emge DR. 4. Jhg. S. 33 III, 1 b von dem Recht als Ausfluß eines innerlich geschlossenen Geisteslebens eines Volkes.

einer bestimmten Form den Mündlichkeitsgrundsatz mit Leben füllt und nicht etwa nur logische Abstraktionen über Garantien. [1]) Damit ist natürlich nicht gesagt, daß der Mündlichkeitsgrundsatz in seiner hier angedeuteten Bedeutung einer Formidee nicht auch als Garantie für die Erforschung der Wahrheit aufgefaßt werden kann und muß. Im Gegenteil wäre eine Formidee, die nicht auch diesem Zweck entspräche, hier so sinnlos wie etwa eine Vase ohne Boden. Der Unterschied besteht jedoch darin, daß der Mündlichkeitsgrundsatz ohne eine tragende, rassich bedingte Idee als Abstraktion lebensfremd und schon aus diesem Grunde praktisch unverwertbar bleiben müßte, während im anderen Falle die Idee von der Form des Verfahrens bereits die eingangs erwähnte [2]) rassich bedingte Wertung der Erfahrungen mit dem schriftlichen Verfahren und damit zugleich hinreichende Garantien versteckt in sich schließt.

Hiernach ist der Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in seiner bisherigen Deutung für eine Umgrenzung des Urkundenbeweises nicht geeignet. Hierfür kommt vielmehr nur die mit Mündlichkeitsgrundsatz bezeichnete Idee in Betracht. Sie ist jedoch im Laufe der Zeit so verschüttet worden, daß nur eine geschichtliche Betrachtung über die Entwicklung des mündlichen Verfahrens sie wieder aufdecken kann.

IIa.

Im Rahmen dieser Arbeit ist es natürlich unmöglich, die Einzelheiten der Entwicklung von 2000 Jahren darzustellen. Es sollen daher lediglich die Entwicklungsstufen betrachtet werden, die jeweils einen gewissen Abschluß bedeuten. [3])

1.

Wenn wir von dem germanischen Verfahren als Urbild der mündlichen Verhandlung sprechen, so hören wir gegen seine Verwertbarkeit oft den Einwand, daß damals Schrifturkunden bei uns auch im übrigen Rechtsverkehr so gut wie gar keine Rolle gespielt hätten, wie denn sogar die Gesetze von Mund zu Mund überliefert worden seien.

Dieses Nichtvorhandensein von Urkunden hat aber, wie beispielsweise das Verfahren gegen Abwesende zeigt, mit der Idee der mündlichen Verhandlung fast nichts zu tun. Ebensowenig nämlich, wie man einen Abwesenden wegen seiner Tat verurteilt hätte [4]), hätte man auf einen abwesenden Zeugen gehört, von dem nur ein Protokoll vorhanden gewesen wäre. Der eigentliche Grund hierfür ist, daß man das Gerichtsverfahren als Kampf aufgefaßt hat, und zwar als Kampf des Verletzten mit dem Täter vor den versammelten Dinggenossen, in dem ursprünglich sämtliche Dinggenossen die Schiedsrichter bildeten. Bei dieser Auffassung von der Verhandlung kam es nur auf den Einsatz der Persönlichkeiten an. Die Dinggenossen, später die Urteilsfinder, urteilten demnach auch nicht etwa darüber, ob ihnen ein Beweis der Tat erbracht war, sondern wer aus diesem Kampf, der mitunter tatsächlich in einem Zweikampf endete, aufrecht, d. h. mit gutem, nach ihrem Empfinden richtigem Recht als Sieger hervorging. Ein Beweis im heutigen Sinne als Grund für die Ueberzeugung des Gerichts von den relevanten Tatsachen konnte es deshalb nicht geben, weil die Tat als Ganzes Gegenstand des Kampfes war und weil Zeugen sowie Eid nur den Angriff oder die Verteidigung der Streitenden verstärkten, also wirklich Angriffs- und Verteidigungsmittel bildeten, nicht aber als Erkenntnismittel für die Dinggenossen darüber, wer im Endergebnis den Sieg errungen hatte, dienen sollten. [5])

1) Hierauf paßt am besten wohl die Formulierung Rosenbergs S. 571: Unter Recht seien nicht absolute Wesenheiten, sondern bestimmte Auswirkungen bestimmt gearteter Menschen zu verstehen.

2) S. 13 d. Arb.

3) Die Einzelheiten und Streitfragen hierfür sind in Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte und Quellen sowie Brunner-Heymann, Grundriß enthalten, v. dessen Darstellg. hier ausgegangen ist.

4) Nicht zu verwechseln mit dem durch sein unentschuldigtes Fernbleiben gezeigten Ungehorsam, durch den er sich außerhalb seines Volkes stellte, und dafür verfemt wurde.

5) Aehnlich Brunner, Quellen S. 79: Die Parteien brachten sich Beweis, der im einzelnen nicht einer richterl. Ueberprüfung bedurfte.

Es dürfte deshalb zur Vermeidung von Mißverständnissen vorzuziehen sein, den von Brunner gewählten Ausdruck [1]) des formellen germanischen Beweisrechts für die damalige Zeit nicht zu verwenden. Jedenfalls paßt seine Ansicht über die deutsch-rechtliche Auffassung von der Gebundenheit des richterlichen Ermessens [2]) wohl kaum auf die älteste Zeit der Volksrechte und Volksgerichte; denn zu dieser Zeit bedeuteten wegen der Eigenart der Gerichtsverfassung die Regeln über die Verwendung von Eiden, Zeugen, Zweikampf und Ordalen höchstens Beschränkungen der Kämpfenden, nicht aber der Urteilsfinder.

Mit dieser Idee der Mündlichkeit hängt der Formalismus insofern zusammen, als er verhinderte und verhindern sollte, daß eine der beiden Parteien feierliche und vor allen Dinggenossen verpflichtende Erklärungen unterließ oder durch den gewandteren oder stärkeren Gegner an ihrem Vortrag gehindert wurde. Dieser Formalismus hat also mit Beweisregeln im heutigen Sinne nichts zu tun. Vielmehr handelt es sich hier nur um verschärfte Kampfregeln in einem Kampf, in dem es um die höchsten Werte ging: Leben und die ihm gleichgestellten Rechtsgüter Freiheit und Ehre.

Man muß sogar wohl noch weitergehen und annehmen, daß die Aufstellung von Beweisregeln im technischen Sinne [3]) mit einem rein germanischen Verfahren unvereinbar ist. Sie wären in der vornehmlich intuitiven Rechtsfindung des nordischen Menschen ein viel zu einseitig verstandesmäßiges Element. Außerdem müßten sie für den nordischen Richter mit seinem Suchen nach der wirklichen — nicht nur formalen — Wahrheit [4]) und seinem Wissen um das Recht, seinem Rechtsgewissen, viel zu starke Bindungen und damit einen untragbaren Zwang bedeuten.

IIa2.

Die erste spürbare Aenderung dieser Idee des mündlichen Verfahrens trat ein, als nicht mehr Verletzter und Angeklagter als gleichwertige (nicht etwa gleiche!) Parteien vor den Dinggenossen um Recht oder Unrecht kämpften, sondern als der Staat mit dem Angeklagten zu rechten begann.

Zwar blieb noch im Anfang dieser Entwicklung die Idee des Kampfes von zwei gleichwertigen Parteien erhalten, weil es einen ausgeprägten abstrakten Staatsbegriff noch nicht gab und an die Stelle des Verletzten die in der Vorstellung lebendige Volksgesamtheit trat, deren Rechtsfrieden durch die Tat gebrochen war. Als sich aber der römisch-individualistische Staatsbegriff bei uns durchzusetzen begann und damit eine Trennung der Begriffe „Volk und Staat" eintrat, mußte notwendigerweise die Waffengleichheit der Parteien ein Ende haben.

Gleichzeitig hiermit entwickelten sich bestimmte Grundsätze für den Beweis, die jetzt nicht mehr Kampfregeln waren, sondern schon wie die heutigen Beweisregeln bestimmte Wege für die Erforschung der Wahrheit vorschrieben. Es ist zweifelhaft, ob man mit den Beweisregeln nur gewisse Gefahren des Beweises ausschalten wollte, oder ob man mit ihnen u. a. auch verhindern wollte, daß einmal ein Urteil der Gerichte mit der Meinung der gesamten Volksgenossen im Widerspruch stand, daß also die Beweisregeln an Stelle der früher anwesenden Volksgenossen gleichsam ein genormtes Volksempfinden dar-

1) Brunner-Heymann S. 304 ff.

2) Ebenda.

3) Hiermit wohl nur scheinbar im Widerspruch: Brunner-Heymann S. 82, der von volksrechtl. Beweisregeln spricht.

4) Hiermit dürfte die oben angedeutete Beschränkung der Streitenden auf bestimmte Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht im Widerspruch stehen. Im Gegenteil zeigt das Beispiel von dem Zweikampf nach der Eidesschelte, daß man in dem Streben nach der materiellen Wahrheit viel weiter ging als viele andere Rassen, indem man die äußere Kraft als letztes menschliches Mittel zuließ, sein Recht zu zeigen. Einen noch deutlicheren Ausdruck findet dieses Streben nach der wirklichen Wahrheit darin, daß man bei Versagen aller menschlichen Erkenntnismittel die Gottheit in den Ordalen um ein Zeichen des richtigen Rechts bat.

stellen sollten.[1]). Jedenfalls hängt die Entstehung der Beweisregeln mit dem Uebergang der Rolle des Angreifers auf den Staat und damit auch mit der Gerichtsverfassung[2]) zusammen und ist nur daraus zu erklären

An Einzelheiten über die Entstehung von Beweisregeln sei hier nur erwähnt, daß nach der Darstellung von Bennecke[3]) beispielsweise in Flandern nach einer mittelalterlichen Satzung aus Gent regelmäßig zwei Zeugen zur Verurteilung erforderlich sind und nur ausnahmsweise ein Zeuge genügt. Ebenso erwähnt Bennecke[4]) als Besonderheit, daß 1275 ebenfalls in Flandern einmal von dem Zeugen vom Hörensagen die Rede ist. Danach ist offenbar die Verwendung des Zeugen vom Hörensagen sonst unzulässig gewesen.

Ungefähr zur selben Zeit trat eine weitere Einschränkung der Mündlichkeit ein. Während in Holland regelmäßig noch das ganze Gericht zur Beweisaufnahme an Ort und Stelle ging und man nur in seltenen Fällen Gerichtsdeputationen hinschickte, soll dies in Deutschland nach Bennecke[5]) ein häufig vorgekommenes Verfahren gewesen sein.

Dafür findet man in Holland und Flandern als Fortentwicklung des Rügeverfahrens und als Anfang einer Ueberleitung zum schriftlichen Verfahren die inquisitio per testes mit den dabei aufgenommenen Zeugenprotokollen.[6]) Diese Einrichtung besagte, daß die Rügezeugen sofort nach der Tat zu Protokoll aussagen mußten. Die Protokolle mit ihren Aussagen wurden dann als sog. stille Wahrheiten (veritates) bis zur nächsten Gerichtsverhandlung aufbewahrt. Es ist nicht ausgeschlossen, daß für diese Einrichtung die damals vertretene Auffassung mitbestimmend gewesen ist, daß ein Zeuge nach einem Jahr nicht mehr zum Zeugenbeweis fähig war.[7]) Selbst wenn man hierin einen typisch deutschen Gedankengang erblicken wollte[8]), dürfte man die inquisitio per testes trotzdem kaum als eine unserem Wesen entsprechende Einrichtung ansehen. Dies folgt daraus, daß die Rügezeugen, die ursprünglich von den missi vereidigt wurden, eigentlich weiter nichts waren als ein verlängerter Arm dieser missi und damit der allzu zentralisierten Staatsgewalt. Von einem Streite zwischen zwei gleichwertigen Parteien kann man unter diesen Umständen schon nicht mehr sprechen, eher wohl von einer Anhäufung des Beweismaterials zur Ueberführung des Angeklagten.

IIb1.

Diese Entwicklung setzte dann auch in Deutschland ein, bis am Ausgang des Mittelalters bald nach der Einführung der Carolina der deutsche öffentlich-mündliche Prozeß zugunsten des römisch-kanonischen[9]) und italienischen, nicht etwa des römisch-weltlichen Prozesses fast ganz verdrängt war.[10])

Eine der ersten bisher leider zu wenig beachteten Ursachen hierfür ist, wie bereits angedeutet wurde[11]), in der Entwicklung des Staatsbegriffs und damit der in dem Verfahren immer stärker in Erscheinung tretenden Ungleichheit der sich gegenüberstehenden Parteien zu sehen. Diese Ungleichheit hatte sich im Laufe der Zeit zu einem derartigen Mißverhältnis ausgewachsen[12]), daß von einem Kampf überhaupt nicht mehr die Rede sein konnte. Der Angeklagte

1) Ein ähnlicher Gedanke ist bei Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren II, 308 zu finden.
2) Ueber das hier angeschnittene Problem, besonders die Frage, wieweit Laiengerichte und Beweisregeln miteinander vereinbar sind oder sich ausschließen: Mittermaier, Die öff. mündl. Strafr.-Pfl. S. 58, Thierfelder S. 412, Leue S. 28, DJ. 1934 S. 154.
3) S. 70.
4) S. 71.
5) S. 76.
6) S. 25 ebenda.
7) Bennecke S. 74.
8) Nach den sich allerdings hierauf nicht unmittelbar beziehenden Ausführungen von Heinze S. 39 wäre dies der Fall.
9) Ebenso Leue S. 45 bes. 68; Mittermaier, Hdb. I, 61 ff. und Abegg, Grundriß S. VI.
10) Ebenso Dohna S. 6 und Brunner-Heymann S. 304 ff. A. A. wohl Abegg nach dem die C C C hauptsächlich auf germanische Rechte zurückgeht, Grundriß S. XII. Im Widerspruch damit dürften seine Ausführungen S. XIII stehen, nach denen das kanonische Recht Grundlage des Verfahrens ist.
11) Unter II a 2 S. 21.
12) Ebenso für die spätere Zeit Zachariä, die Gebrechen S. 139 ff.

stand vielmehr einer Macht gegenüber, die er nicht mehr besiegen, sondern die sich höchstens selbst Zwang auferlegen konnte. So wurde der Angeklagte aus einem Subjekte des Verfahrens allmählich zum Inquisitionsobjekt, mit dem noch nicht einmal der aus dem alten Verfahren übernommene Begriff der Verteidigung recht in Einklang zu bringen ist. Damit war der stärkste Träger des alten Verfahrens zerbrochen und der Platz für etwas anderes frei geworden.

Zum endgültigen Siege verhalf dem fremden Recht jedoch etwas anderes. Es war „der fromme Glaube" an Rom, wie es Mittermaier ausdrückte.[1]) Er drang uns die neue Gesetzgebung auf. Dieser Sieg Roms war nur äußerlich plötzlich erfochten.[2]) In Wirklichkeit ist er auf eine auf Jahrhunderte angelegte Politik der Päpste zurückzuführen, denen wir nach Leue[3]) den „Dank" für dieses neue, uns wesensfremde Verfahren schuldig sind. Vorbereitet war dieser endgültige Sieg in einer Entwicklung, die ihr deutliches Kennzeichen bei Pippin findet, als dieser gegenüber dem Volksrecht sein Recht „von Gottes Gnaden" setzte, das er auf den Christengott bzw. dessen sichtbaren Stellvertreter zurückführen konnte. Verstärkt wurde dieses Moment durch die Entsendung der missi episcopales[4]), die zum Zwecke der Bestrafung[5]) ausgesandt waren und dabei das schriftliche und geheime Inquisitionsverfahren anwandten. „Die wachsende Macht der Päpste und ihre Vergrößerungssucht" brachten es dann nach Mittermaier[6]) mit sich, daß dieses ursprünglich nur für die geistlichen Gerichte vorgesehene Verfahren auch in den weltlichen Gerichten Bedeutung gewann und schließlich fast zur gleichen Zeit mit der Carolina dort zur Herrschaft gelangte.

IIb2.

An die Stelle des deutschen Verfahrens ist damit ein fremdes Verfahren getreten. In ihm gilt der Satz: Quod non est in actis, non est in mundo. Urteilsgrundlage ist demnach nur noch der Inhalt der Akten. Eine größere Bedeutung konnte die Urkunde im Strafprozeß kaum erlangen[7]), auch wenn sie wegen der gesetzlichen Beweistheorie nicht als selbständiges Beweismittel[8]) angesehen, sondern nach den für die anderen Beweismittel geltenden Regeln behandelt wurde.[9])

Trotzdem ist es nur eine oberflächliche Betrachtungsweise, wenn man in der Schriftlichkeit den Hauptwesenszug des damaligen Verfahrens erblickt[10]) und sie darauf zurückführt, daß die Versendung der Akten zur Urteilsfällung die Aufzeichnung des Prozeßstoffes notwendig gemacht hätte. Die Schriftlichkeit ist keine Idee, die man an die Stelle der früher herrschenden Idee des mündlichen Verfahrens hätte stellen können. Sie ist nur eine der auffälligsten Auswirkungen, die aus dem Wesen des nunmehr zur Herrschaft gelangten Verfahrens entspringen.

Das Wesen des neuen Verfahrens besteht darin, daß unter Wegfall der Scheidung von Richter und den Urteilsfindern aus dem Kampfe vor den Dinggenossen und Urteilsfindern ein Kampf vor dem Richter und für dessen Entscheidung geworden ist. Mit einer Entwöhnung des Volkes von einer Teilnahme am öffentlichen Leben hat das wenig zu tun[11]), eher mit einem Herausdrängen, das durch die von der Kirche betonte Unterscheidung zwischen Laien

1) Hdb. S. 61.
2) Mit Rücksicht auf seine S. 32 gegebene Darstellung daher unzutreffend Leue S. 29.
3) S. 30.
4) Mittermaier, Hdb. I S. 61 ff. u. Leue S. 32.
5) Leue S. 32.
6) Theorie d. Bew. S. 14.
7) Mittermaier, Lehre v. Bew. S. 382 nennt sie deshalb wohl auch das Hauptbeweismittel des damaligen Prozesses.
8) Dementsprechend bestimmte z. B. die Baier. Malefiz-Ordn. von 1616 Tit. IV Art. 3, daß keine Missetat durch briefliche Urkunden bewiesen werden könne.
9) Ebenso Mittermaier, Hdb. I, 404, 420; Stübel § 2674.
10) Z. B. Die anonyme Schrift: über das mündl. u. öff. Verf. 1821 S. 13. Aehnl. Mittermaier, Die öff.-mündl. Strafr.-Pfl. S. 17 u. Hepp S. 88.
11) So aber Mittermaier.

und Klerikern gefördert worden war. Hieraus ist es auch verständlich, daß man zu Trägern dieses neuen Verfahrens nicht Laien, sondern nur besonders vorgebildete Beamte wählte. Sie, die gelehrten und oft volksfremden und volksfeindlichen Doctores waren auch die Ursache dafür, daß ein so kompliziertes und für Laien untaugliches Verfahren entstand. Nicht schloß umgekehrt ein ursprünglich vorhandenes kompliziertes Verfahren die Mitwirkung von Laien aus.

Wie eine Kontrolle durch die Laien hätte es ausgesehen, wenn diese Entscheidung, deren Wesen mehr einem Verwaltungsakt als unserer Vorstellung von der Gerichtsbarkeit entspricht, öffentlich vor sich gegangen wäre. Daher mußte das Verfahren notwendigerweise geheim sein.

Das Ziel dieses Verfahrens war das Zugeständnis.[1]) „Volenti non fit iniuria." Damit konnte man jedes auf ein Geständnis gestützte Urteil gegen etwaige Angriffe verteidigen und wagte es auch dann zu tun, wenn man zur Erzwingung von Geständnissen die Folter angewandt hatte. Das ist alles andere, bloß kein deutsches Rechtsempfinden. Dazu läßt es sich auch nicht dadurch umformen, daß man, wie es die spätere Wissenschaft versucht hat[2]), in dieses fremde Verfahren deutsche Werte hineingelegt hat, die ursprünglich darin entweder nicht vorhanden gewesen oder doch sehr bald wieder verschüttet worden sind.[1]) Die Anschauung Mittermaiers[3]), der Gesetzgeber habe die Beweisregeln gerade im Interesse der Wahrheit als erprobteste und sicherste Mittel zu ihrer Erforschung in weiser Selbstbeschränkung aufgestellt, mag zwar für die Regelung der Carolina mitbestimmend gewesen sein; der wirkliche Grund der damals zur Herrschaft gelangten Beweisregeln ist aber doch in etwas anderem zu suchen:

Mittermaier[4]) führt bei der Erklärung der gesetzlichen Beweistheorie aus, daß der Gesetzgeber damit Schranken setzen wollte, damit das Urteil nur auf Gründe gebaut werde, die auf jeden tüchtigen, gebildeten, erfahrenen Menschen denselben Eindruck machen müßten. Damit räumt er ein, daß die gesetzliche Beweistheorie bestimmte Zwecke, und zwar nicht nur auf den einzelnen Menschen gerichtet, sondern für eine unbestimmte Allgemeinheit gedacht, nicht nur vor, sondern auch nach dem Urteil verfolge. Sie soll erreichen, daß das gefundene Urteil auf alle Außenstehenden denselben Eindruck macht. Das bedeutet wieder ein Doppeltes: Sie soll einmal eine Gleichmäßigkeit in der materiellen Begründung von Urteilen bewirken, dann aber soll sie gewährleisten, daß die Urteile der gelehrten Richter den richtigen Eindruck machen, d. h. mit dem Volksempfinden in Einklang stehen. Mit diesem durch die Beweisregeln tatsächlich verfolgten Zwecken ist eine wesentliche Verschiebung des Schwerpunktes von dem Suchen nach dem Rechte zu der Begründung einer — materiell oft sicher nicht richtigen — Entscheidung eingetreten. Diese Verschiebung ist besonders geeignet, ein Urteil von oben her zu gestalten und zu kontrollieren, was gewiß der zentralisierenden Tendenz einer fortwährenden Stärkung der Macht Roms nützlich war.

Die Beweisregeln des damaligen Prozesses haben allerdings auch noch die Verschiedenheit der Wertungen der verschiedenen Beweismöglichkeiten berücksichtigt.

Aber die Beweisaufnahme war gleichmäßig der Vorbereitung der Begründung des Urteils und dem Versuch gewidmet, das Verfahren äußerlich gleichmäßig zu gestalten.

Folgende Einzelheiten des Verfahrens werden das noch klarer machen:

Ursprünglich wickelte sich der Prozeß hauptsächlich in drei Abschnitten ab: der Generalinquisition mit der Sammlung der Beweise, der Spezialinquisition mit der Vernehmung des Angeklagten und dem Endlichen Rechtstage mit einer formalen mündlichen Verhandlung und der Verkündung des vorher abgefaßten Urteils. Später sank dann der Endliche Rechtstag zu einer bloßen Formalität herab.

1) Ebenso Mittermaier, Die öff.-mündl. Strafr.-Pfl. S. 19.
2) Z. B. Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren II, 308.
3) Wie 1).
4) Die öffentlich-mündl. Strafr.-Pfl. S. 19.

Zwar wurden auch in der Spezialinquisition noch manchmal Zeugen vernommen, wenn neue Tatsachen hervortraten, die das Protokoll aus der Generalinquisition nicht genügend erscheinen ließen [1]), oder wenn Widersprüche mit anderen Beweismitteln zutage getreten waren. [2]) Trotzdem verschob sich der Schwerpunkt des Verfahrens immer mehr auf die Generalinquisition mit der sie kennzeichnenden Aufhäufung des Beweismaterials gegen den Angeklagten. Wenn dann der Angeklagte vernommen wurde, sah er sich einer kaum mehr zu bewältigenden Aufgabe gegenübergestellt, dieses Beweismaterial zu widerlegen. Was die Zeugen gesagt hatten, stand nunmehr schwarz auf weiß da. Daran konnte er nur in den seltensten Fällen rütteln. Auch war ihm ein Verteidiger regelmäßig erst dann zu stellen, wenn die meisten Beweise erhoben waren [3]), so daß auch der Verteidiger gegen dieses tote, in die Akten eingemauerte Beweismaterial ankämpfen mußte, es für eine wirksame Verteidigung daher meist zu spät war. Mit Recht hebt deshalb Zachariä [4]) das auffallende Mißverhältnis zwischen Angriff und Verteidigung hervor.

Unter diesen Umständen ist es mindestens mißverständlich, wenn Zachariä [5]) von einer teilweisen Mündlichkeit des gemeinen Kriminalprozesses und Bornhak [6]) von dem mündlichen Inquisitionsprozesse sprechen. Zwar mußte der Inquirent die Zeugen vernehmen und durfte sich nicht wie in Rom mit übersandten schriftlichen Zeugenaussagen begnügen. [7]) Da aber nicht diese mündlichen Aussagen, sondern nur das, was der Inquirent in das Protokoll aufgenommen und der Referent dem Gericht vorgetragen hatte, Gegenstand der Urteilsfindung war [8]), kann auch nicht von einer nur teilweisen Mündlichkeit die Rede sein [9]), es sei denn, daß man nur Aeußerlichkeiten, nicht aber die **Idee des mündlichen Verfahrens im Auge hat.**

Demnach entschied nach der treffenden Kritik Mittermaiers [10]) das Gericht nicht, wie etwas im Leben vorgekommen war, sondern wie es in den Akten stand. Damit war das Verfahren von vornherein zur Lebens- und Volksfremdheit verurteilt. Das kümmerte aber die Träger dieses Vertrages nicht. Sie nutzten vielmehr die ihnen gegebene Gewalt schrankenlos aus, bis das Verfahren zur Geheimwissenschaft [11]) geworden und so entartet war [12]), daß man von einem Rechtsgang in Strafsachen nicht mehr sprechen konnte. Auch die Beweisregeln waren ihnen hierbei kein Hindernis. Zwar hielt man sich im allgemeinen daran, daß nicht Indizien und damit beispielsweise der Zeuge vom Hörensagen, sondern nur das Geständnis oder der Beweis durch zwei oder drei klassische Zeugen ein Urteil stützen konnten. [13]) War demnach in den vorhandenen Urkunden weder das Geständnis des Angeklagten noch die Aussage eines klassischen Zeugen enthalten, so benutzte man regelmäßig auch die Protokolle nicht zu einer endgültigen Verurteilung, sondern fällte auf Grund der indizierenden Urkunden nur eine sententia interlocutoria, durch die **der Angeklagte zur Folter verurteilt wurde.** [14])

Dafür umging man die Beweisregeln aber dadurch, daß man den Angeklagten durch Drohungen [15]), Grausamkeiten [16]) und auf alle sonst nur erdenkliche Weise zu einem Geständnis preßte. [17])

---

1) Vgl. Mittermaier, Hdb. II, 128.
2) Wie 1) S. 130.
3) Vgl. Zachariä, Die Gebrechen S. 139 ff.
4) Die Gebrechen S. 139 ff.
5) Wie 4) S. 154 Anm. 1.
6) S. 71 ff., bes. S. 78.
7) Ebenso Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren II, 377/78.
8) So auch Mittermaier, Die öff.-mündl. Strafr.-Pfl. S. 61 u. Zachariä, Die Gebrechen S. 159 ff.
9) Ebenso Feuerbach, Betr. üb. d. Oeff. u. Mündl. S. 199 r.
10) Die öff.-mündl. Strafr.-Pfl. I S. 63 u. 61.
11) Ebenso Doerner S. 154 u. Hepp S. 93.
12) So Mittermaier, Die öff.-mündl. Strafr.-Pfl. S. 21 ff.
13) Im einzelnen hierüber Mittermaier. Hdb. II, 383 u. 493/4.
14) Vgl. CCC Art. 65 ff.
15) Ebenso Mittermaier wie 2) S. 63.
16) Man verwechsele das nicht mit den harten Strafen der älteren Zeit! Wie hier: ue S. 63 ff.
17) Vgl. Zachariä, Gebrechen S. 93.

Eine entartete Wissenschaft jener Zeit suchte dieses Verfahren zu rechtfertigen.[1])

Allmählich setzte sich dann doch die Ueberzeugung durch, daß dieses Verfahren so nicht bleiben könne. Infolgedessen begann man es bewußt und unbewußt zu reformieren. Man sah ein, daß die Protokolle beispielsweise nur ein totes, unzulängliches Beweismaterial seien. Daher dehnte man sie auch auf die Mimik des Aussagenden aus.[2]) Noch weitergehend kam die Praxis zu einer Konfrontation des Angeklagten mit den Zeugen.[3]) Nach Mittermaier[4]) versprach man sich davon hauptsächlich folgende Vorteile: Der Angeklagte könne dadurch das gegen ihn gebrauchte Angriffsmittel kennen lernen. Auch müßten die Zeugen zeigen, daß sie bei ihrer Aussage stehen könnten. Weiter sei die Wirkung einer mündlichen Aussage auf den leugnenden Angeklagten größer als das Verlesen einer protokollierten Aussage. Schließlich habe der Zeuge dabei auch Gelegenheit, etwas zurückzunehmen. Beim Verlesen einer Aussage sei das unmöglich; denn die geschriebene Aussage bleibe bestehen und wanke nicht mehr.

Damit hatte man, vielleicht ohne daß man sich dessen so recht bewußt war, wesentliche Elemente des mündlichen Verfahrens in den Inquisitionsprozeß hineingetragen. Aber auch diese Neuerungen genügten bald den Reformwünschen nicht mehr. Und es kam dann zur Abschaffung der Folter, die in Preußen von Friedrich dem Großen 1740 aus dem Verfahren entfernt wurde. Damit war dem Verfahren jedoch sein Halt entzogen[5]); denn nunmehr fehlte es an genügenden Ueberführungsmitteln.

Es dauerte lange, bis man einsah, daß die Reformen nur halbe Lösungen bringen konnten und daß bessere Rechtszustände erst mit der völligen Beseitigung dieses Verfahrens eintreten würden.

IIc1.

Diese Einsicht setzte sich zuerst in Frankreich durch. Dort begann der offene Kampf gegen das bisherige Verfahren, der schon lange siegreich beendet war, als man bei uns, wie die Arbeiten von Feuerbach[6]) zeigen, noch glaubte, das alte Verfahren in verbesserter Form beibehalten zu können.

aa.

Der Hauptgrund für die Beseitigung des bisherigen Verfahrens ist in Frankreich jedoch nicht darin zu suchen, daß man in dem Inquisitionsprozeß ein wesensfremdes Verfahren erblickte, sondern darin, daß man es für unvereinbar mit den neuen in der Revolution zur Herrschaft gelangten Anschauungen hielt. Die Einführung des mündlichen Verfahrens ist in Frankreich demnach nicht etwa ein Erfolg der Wissenschaft, sondern einer politischen Revolution. Das hat schon Mittermaier erkannt[7]), wenn er schreibt, der neue französische Prozeß sei nicht geschichtlich gewachsen wie das englische Recht, sondern „künstlich gemacht aus Spekulationen und aus dem Streben nach gewissen Grundsätzen aus seiner ungünstigen politischen Lage".

Bei diesen Spekulationen, von denen Mittermaier spricht, handelt es sich um die neue Lehre von Staat und Gesellschaft, die Rousseau im „Contrat social" und Montesquieu im „esprit des lois" entwickelt haben. Mit ihr war das alte Verfahren besonders aus zwei Gründen nicht zu vereinbaren:

Schon die Lehre Montesquieus von der Trennung der Gewalten mußte zu seiner Aufhebung führen, weil es wegen seiner starken und ziemlich äußerlichen Bindungen des Richters durch seine Organisation und durch die Mög-

1) So Mittermaier, Die öff.-mündl. Strafrechtspfl. S. 21.
2) Vgl. Mittermaier, Hdb. I S. 718.
3) Wie 2) II S. 190.
4) Wie 3) S. 192 u. 206/7.
5) Ebenso Mittermaier, Die öff.-mündl. Strafr.-Pfl. S. 29/30.
6) Z. B. Betrachtungen üb. d. Oeff. u. Mündl. S. 300 ff.; ebenso Thierfelder S. 403.
7) Die Mündlichkeit S. 42.

lichkeit seiner Handhabung ein Mittelding zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit darstellte [1]), jedenfalls aber nicht der Vorstellung von dem pouvoir judiciaire entsprach. Hinzu kam die Forderung nach einer Beteiligung der Staatsbürger am Staate. Sie mußte zu einer Beteiligung des Volkes auch an der Gerichtsbarkeit führen, die in einem schriftlichen und geheimen Verfahren undenkbar erschien. Das neue Verfahren konnte infolgedessen nur öffentlich und mündlich sein.

Hiermit war jedoch erst die Tendenz des neuen Verfahrens angezeigt. Bot sich nun noch eine tragende Idee, die mit den politischen Forderungen vereinbar war oder ein tragendes anderweitiges Vorbild, so war die Durchsetzung des neuen Verfahrens erheblich erleichtert.

Man fand dieses Vorbild im englischen Strafverfahren. [2]) Ihm ist der „débat oral" nachgebildet, der noch heute gilt und sich im code d'instruction criminelle von 1808 findet.

bb.

Die Bedeutung der Idee des „débat oral", die Hélie [3]) und Poittevin [4]) „la règle fondamentale de notre procédure criminelle" nennen, ergibt sich am deutlichsten wohl aus der Bezeichnung „débat oral" selbst.

Demnach sollte sich jedesmal vor dem Gericht ein Kampf abrollen: „à la manifestation de la vérité". Der Angeklagte wird dadurch mit Recht als Angegriffener hingestellt, der sich im Kampfe vor Gericht der gegen ihn erhobenen Vorwürfe erwehren soll. Damit ist indessen nicht gesagt, daß der Angeklagte seine Unschuld nachzuweisen hat [5]), um freigesprochen zu werden. Vielmehr folgt aus dem Begriffe des débat nur, daß der Angeklagte seinen Angreifern in der Verhandlung gegenübertreten soll, anders ausgedrückt, daß die den Angeklagten möglicherweise belastenden Beweise in derselben Form gebracht werden müssen, in der er sich gegen sie wehren kann. Mit dieser Idee des Kampfes wäre es unvereinbar, wenn die Zeugen, die teils den Angeklagten belasten sollen, teils ihn gegen seinen Willen belasten können, grundsätzlich nicht in der Hauptverhandlung, sondern entweder überhaupt nicht mündlich (man denke an § 377 ZPO.) oder doch nur durch einen ersuchten oder beauftragten Richter vernommen werden könnten. Es würde zudem an einem gleichwertigen Gegner fehlen [6]), wenn der Angeklagte sich nicht gegen die Bekundungen der persönlich anwesenden Zeugen, sondern nur gegen die in Urkunden festgehaltenen Aussagen wehren könnte; denn während ein anwesender Zeuge auf die Verteidigung des Angeklagten das, was er gesagt hat, zurücknehmen und dafür die Wahrheit sagen kann, bleibt die in der Urkunde enthaltene Aussage schwarz auf weiß bestehen [7]), auch wenn der Angeklagte ihre Unglaubwürdigkeit nachgewiesen hat. Schließlich folgt ebenfalls schon aus dem Begriff des débat nicht erst der „oralité", daß Schriftstücke, aus denen Nachteiliges für den Angeklagten hervorgeht, durch Verlesung in den Kampf um die „manifestation de la vérité" hereinbezogen werden müssen, weil sonst der Angeklagte sich gegen einen unsichtbaren Feind verteidigen müßte.

Selbst wenn man dies aber noch nicht aus dem Begriffe des „débat" herauslesen wollte, so folgt jedenfalls ohne Zweifel aus dem Begriffe der „oralité", daß Urkunden, soweit ihre Verwendung überhaupt erfolgen kann, in der Hauptverhandlung verlesen werden müssen. Ebenso wenig können bei der ausdrücklichen Betonung der „oralité" noch Zweifel daran bestehen, daß in

1) Hierauf passt auch die Bemerkung Doerners, DJ. S. 154: Die Richter werden in der Zeit des Absolutismus hörige Untertanen ihrer Fürsten, von denen sie ernannt werden.
2) Ebenso Mittermaier, Hdb. I S. 108, Die Gesetzgeb. u. Rechtsübung S. IV.
3) S. 645 Nr. 797.
4) Art. 317 Nr. 217.
5) Ebenso die deutsch-rechtliche Auffassung vom Klagebeweis des Klägers nach Kennecke S. 79.
6) und damit dem englischen Vorbild der Waffengleichheit widersprechen. Vgl. hierzu Mittermaier, Die Gesetzgeb. S. 68.
7) Ebenso Mittermaier, Hdb. II S. 206,7 bei der Begründung der Vorteile der Konfrontation des späteren Inquisitionsprozesses S. 26 hier.

diesem „débat oral" grundsätzlich nur die in der Hauptverhandlung abgegebenen mündlichen Zeugenaussagen verwendet werden können.

Dieses Ergebnis bestätigt das französische Schrifttum, ohne jedoch auf den bedeutsamen inneren Unterschied mit dem englischen Verfahren näher einzugehen, so einheitlich, daß über die grundsätzlichen Fragen des Urkundenbeweises bis auf wenige Ausnahmen kein Streit besteht.

Nach Poittevin [1]), der den „débat oral" ein „principe indiscutable" nennt, und Leloire [2]), der von einer „condiction substantielle de validité" spricht, beherrscht dieser Grundsatz den Schwerpunkt des ganzen Strafverfahrens, die Hauptverhandlung (l'audience et instruction définitive). [3]) Im Verfahren vor dem Untersuchungsrichter (juge d'instruction) gilt sie jedoch ebenso wenig wie im deutschen Verfahren [4]), weil dort nach Garraud [5]) nicht dieselben Garantien für die Erforschung der materiellen Wahrheit nötig sein sollen wie im endgültigen Verfahren. Für die Hauptverhandlung, in ihr besonders für die Beweisaufnahme, folgt dagegen aus dem Prinzip des „débat oral", daß die Zeugen und Sachverständigen selbst anwesend sein und mündlich aussagen müssen — déposer oralement. [6]) Eine Verlesung schriftlicher Aussagen an Stelle der Vernehmung von Zeugen würde, wie Hélie [7]) sich ausdrückt, „être contraire à l'esprit de la loi". Dasselbe formuliert Hélie [8]) an einer anderen Stelle etwas deutlicher dahin: „le débat doit rester indépendant de l'instruction écrite." Damit wird eindeutig festgestellt, daß, abgesehen von dem Erfordernisse, die Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu vernehmen, nicht der Akteninhalt die Urteilsbasis abgibt, sondern nur das, was das Gericht wie jede anwesende Person in der Hauptverhandlung wahrnimmt. Mehr bedeutet jedoch der Ausschluß der „instruction écrite" in Frankreich nicht. Insbesondere steht er nicht etwa dem Verbote des Urkundenbeweises gleich, vielmehr sind, wie Hélie [9]) es ausdrückt, nach dem Gesetz alle Beweismittel zulässig, „qui peuvent servir à la manifestation de la vérité", also auch die Urkunde. [10]) Das bestätigt er an einer anderen Stelle [11]) mit den Worten: „près que tous les écrits peuvent être lus dans le débat oral."

Hieraus ergibt sich jedoch — wie man nach den ersten Worten wohl zunächst annehmen möchte — nicht nur die Zulässigkeit des Urkundenbeweises, sondern zugleich die Form, in der die Urkunde als Beweismittel in den „débat oral" eingeführt werden muß. Es ist die Verlesung. Eine andere Form des Urkundenbeweises ist deshalb ausgeschlossen, weil nach Hélie [12]) nur durch Verlesung ein „débat", eine „discussion" über den genauen Inhalt der Urkunde möglich ist.

Neben dieser Erklärung des „débat oral" findet man freilich in der französischen Lehre auch Ausdrücke wie „immédiateté" u. ä. Sie verschwinden jedoch völlig gegenüber dem immer wiederkehrenden „principe du débat oral". Wenn einmal aber von der Unmittelbarkeit die Rede ist [13]), so geschieht auch das nur im engsten Zusammenhange mit dem „débat oral", indem die „immédiateté" nur als Folgeerscheinung des Mündlichkeitsprinzipes dargestellt wird [14]). Selbst Garraud, der in der Anerkennung der Unmittelbarkeit der in unserer Theorie zumeist vertretenen Ansicht am weitesten entgegenkommt, kennt die Unmittelbarkeit nicht als selbständigen Grundsatz, aus dem man Grenzen für den Urkundenbeweis herleiten könnte. Im Gegenteile spricht auch er [15]) nur von der

1) Art. 317 Nr. 221.
2) Art. 319 Nr. 1.
3) Vgl. Garraud II S. 114.
4) Vgl. Hegler I, 193 Anm. 2.
5) I, 534.
6) Vgl. Leloir zu Art. 319 Nr. 1, Garraud I S. 533 und III S. 515, Poittevin Nr. 221 zu Art. 317 und Hélie S. 394 Nr. 491 sowie S. 645 Nr. 797.
7) S. 394 Nr. 491.
8) S. 645 Nr. 797.
9) S. 666 Nr. 826; ferner S. 273 Nr. 326. Ebenso Garraud II, 139 u. Höchster S. 61.
10) Aehnlich RGSt. 65, 294/95.
11) S. 672 Nr. 835.
12) S. 645 Nr. 797; ebenso Garraud III, 516.
13) Z. B. Garraud II, 419.
14) Vgl. Braun S. 12.
15) III, 516.

„immédiateté de la preuve", die besagt, daß der Richter sein Urteil nur auf Grund des vor ihm selbst — sans intermédiaire — geführten Beweises bilden darf.

cc.

Trotz dieser Anerkennung, den der „débat oral" im französischen Recht gefunden hat, handelt es sich hier jedoch keineswegs um ein Prinzip, das uneingeschränkt gilt. Vielmehr hat man in Frankreich diesen Grundsatz, wie er hier angedeutet wurde, nur vor den Schwurgerichten — den cours d'assises — durchgeführt [1]), während man ihn im Verfahren vor den anderen erstinstanzlichen Gerichten, den tribunaux de simple police und den tribunaux de police correctionelle, in seinen wichtigsten Auswirkungen für entbehrlich und im allgemeinen die Verlesung der im Vorverfahren aufgenommenen Protokolle für ausreichend gehalten hat. (Art. 153 ff. sowie 189/190 c. d'instr. crim. [2])

Zwar betont Garraud [3]), daß vor diesen Gerichten auch der Grundsatz des „débat oral" gelte, weil auch diese Gerichte nur den Inhalt der mündlichen Verhandlung als Urteilsgrundlage benutzen dürften [4]) und Urkunden verlesen müßten, damit über sie diskutiert werden könne. [5]) Angesichts der Tatsache aber, daß nach der treffenden Bemerkung von Hélie [6]) die Protokolle vor diesen Gerichten „le base principal de la procédure" sind, kann man kaum von einem „débat oral" im Sinne der Waffengleichheit des englischen Rechts sprechen, das den Gerichten in der Benutzung von Protokollen die größte Beschränkung auferlegt. [7])

Die hier vertretene Ansicht wird durch die auffallende Bevorzugung [8]) des Urkundenbeweises vor den tribunaux de simple police und den tribunaux de police correctionelle bestätigt. Danach sind vor diesen Gerichten Zeugen grundsätzlich nicht zu vernehmen. Ausnahmsweise müssen sie nach ständiger Rechtsprechung [9]) vernommen werden, wenn sie geladen sind (Art. 153 IV). Ebenso ist das Gericht zur Vernehmung von Zeugen gezwungen, wenn ein Protokoll entweder völlig fehlt oder die vorhandenen Protokolle unvollständig oder wegen Formfehler nichtig sind. [10]) In diesen Fällen müssen die Zeugen ebenso wie vor dem Schwurgerichte mündlich in der Hauptverhandlung aussagen. [11]) Es genügt nicht, daß sie eine schriftliche Aussage schicken, weil sie nicht erscheinen können. [12]) In allen übrigen Fällen kann aber das Gericht die Vernehmung von Zeugen ablehnen; denn entweder liegt ein Fall vor, in dem der Zeugenbeweis erst nach Durchführung des Urkundenbeweises zulässig ist, oder ein Fall, in dem Zeugen überhaupt nicht vernommen werden dürfen. [13])

Der erste Fall ist nach Art. 154 c. d'instr. crim. die Regel, der zweite die Ausnahme, indem es sich im ersten Falle um Protokolle handelt, die Beweis erbringen bis zum Nachweise des Gegenteils, im zweiten Falle um Protokolle, die Beweis erbringen bis zum Nachweise der Fälschung des Protokolls. Man bezeichnet die Protokolle im ersten Falle als procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve contraire [14]), im zweiten Falle als procès-verbaux qui font foi jusqu'à inscription de faux [15]). Beiden ist eine erhöhte Beweiskraft eigentümlich. Während

1) Poittevin Art. 317 Nr. 214, der das Verfahren dort: exclusivement oral nennt und Hélie S. 645 Nr. 797 sowie S. 555 Nr. 685 und Garraud I, 533, die sagen: le débat devant le jury est essentiellement oral.
2) Garraud IV S. 609 Nr. 1537; Braun S. 107.
3) II, 122.
4) Hélie S. 273 Nr. 326 und Leloir Art. 153 Nr. 55.
5) Garraud II, 123; Hélie S. 265 Nr. 313 und Leloir Art. 154 Nr. 35: les documents soumis aux débats.
6) S. 164 Nr. 180.
7) Ueber das englische Recht Mittermaier, die Gesetzgebung S. 83.
8) Vgl. Leloir Art. 153 Nr. 27: Zeugenvernehmung à l'appui d'un procès — verbal.
9) Leloir Art. 153 Nr. 26.
10) Wie 9) Nr. 27; Art. 154 Nr. 2 und 126 sowie Garraud II, 143, und Hélie S. 274 Nr. 327.
11) Leloir Art. 154 Nr. 55.
12) Leloir Art. 154 Nr. 57.
13) Leloir Art. 153 Nr. 32.
14) Leloir Art. 154 Nr. 318.
15) Leloir Art. 154 Nr. 307.

es sich jedoch im ersten Falle nur um eine widerlegliche présomtion légale de vérité [1]) handelt, ist im zweiten Falle, hauptsächlich bei den Protokollen „en matière de contributions indirectes“ [2]) und „en matière de contraventions aux lois sur les douanes“ [3]) ein Beweis des Gegenteils schlechthin verboten, es sei denn, daß zunächst das ganze Protokoll durch den besonders geregelten Nachweis der Fälschung entkräftet ist [4]). Soweit es sich um Protokolle handelt, bei denen der Gegenbeweis zulässig ist, kann der Gegenbeweis durch Urkunden- und Zeugenbeweis geführt werden. [5]) Bei den anderen Protokollen dagegen kann noch nicht einmal der Protokollant als Zeuge vernommen werden [6]) Ausnahmsweise kann auch neben diesen Protokollen trotz der unwiderleglichen Vermutung ihrer Richtigkeit die Beweisaufnahme auf andere Beweismittel erstreckt werden. Voraussetzung dafür ist jedoch, daß die beweiserheblichen Tatsachen (faits matériels), die im Protokolle festgestellt sind, als wahr unterstellt werden und daß die Erweiterung der Beweisaufnahme nur geschieht: „pour dissiper certaines obscurités et combler certaines lacumes des constatations de fait“. [7])

Außer den bisher behandelten grundsätzlichen Einschränkungen des Mündlichkeitsgrundsatzes gibt es auch Einzelfälle, in denen nicht Protokolle, wohl aber andere Schriftstücke eine Sonderstellung im Verfahren erlangen:

Zunächst kommt der wohl nicht zu seltene Fall in Betracht, daß dem Angeklagten die Teilnahme am Ehebruch, „complicité d'adultère“ nachgewiesen werden muß. Eine Feststellung dieses Deliktes ist nach Art. 338 code pénale nur möglich entweder „par le flagrant délit“ oder „par les lettres ou autres pièces écrites par le prévenu“. [8]) Damit gewinnen Briefe und andere Aufzeichnungen, also Schriftstücke rein privater Natur, eine Vorzugsstellung vor den Zeugen; denn die Fälle, in denen der Angeklagte in flagranti überrascht ist, treten — wie sich aus den umfangreichen Erläuterungen zu diesem Beweise ergibt [9]) — gegenüber den Fällen erheblich zurück, in denen dies nicht geschehen ist.

Ferner erlangen Urkunden eine erhöhte Bedeutung bei Delikten, die mit einer Vertragsverletzung im Zusammenhang stehen. In diesen Fällen kann — nicht unstreitig allerdings [10]) — das Vorhandensein des Vertrages nach Art. 1341 und 1347 code civil nur durch die Vertragsurkunde, nicht dagegen durch Zeugen bewiesen werden, soweit der Streitgegenstand eine bestimmte Höhe übersteigt [11]). Diese Regel gilt selbstverständlich dann nicht, wenn die Urkunde gestohlen oder gefälscht ist. [12]) Ebensowenig ist der Zeugenbeweis verboten, wenn die Urkunde infolge höherer Gewalt verloren [13]) oder aus sonstigen Gründen unbeschaffbar ist [14]). Schließlich gilt noch eine Ausnahme von dem Ersatz des Zeugen durch den Urkundenbeweis bei Handelsverträgen, deren Vorhandensein sowohl durch Urkunden als auch durch Zeugen bewiesen werden kann. [15])

dd.

Nach Garraud [16]) entspringt diese verschiedene Regelung des Verfahrens grundsätzlichen Erwägungen über die Verschiedenheit des Verfahrens vor dem mit Laien besetzten Schwurgericht und den nur mit Berufsrichtern besetzten anderen erstinstanzlichen Gerichten; man hat nämlich nach seiner Ansicht vor den nur mit Berufsrichtern besetzten Gerichten von einer strengen Durchführung des „débat oral“ deshalb absehen können, weil erfahrungsgemäß die

1) Leloir Art. 154 Nr. 499 und Hélie S. 282 ff. Nr. 343 ff.
2) Leloir Art. 154 Nr. 308.
3) Leloir Art. 154 Nr. 14 ff. und 307.
4) Leloir Art. 154 Nr. 421 und 136.
5) Im einzelnen vergl. Hélie S. 282 ff. Nr. 343 ff.
6) Im einzelnen vergl. Leloir Art. 154 Nr. 421, 423, 427.
7) Leloir Art. 154 Nr. 433.
8) Hélie S. 394 ff. Nr. 494 unter 2.
9) Z. B. Leloir Art. 154 Nr. 53, 67.
10) Hélie S. 394 ff. Nr. 494 unter 3 und Höchster S. 62 § 44,2 Anm. c
11) Leloir Art. 154 Nr. 68/9 u. 122.
12) Hélie S. 395 Nr. 497
13) Leloir Art. 154 Nr. 90.
14) Leloir Art. 154 Nr. 80.
15) Hélie S. 395 ff. Nr. 500 und Leloir Art. 154 Nr. 76
16) II, 122.

Berufsrichter die Gefahren des Urkundenbeweises besser zu würdigen verständen als die Laien im Schwurgericht. Demnach müßte man nach Garraud annehmen, daß die Einschränkung des débat oral aus der wissenschaftlichen Erkenntnis heraus erfolgt sei, daß dieses Prinzip in völliger Starrheit der materiellen Wahrheit eher schaden als nützen könne.

Obwohl diese Begründung bestechend klingt, dürfte sie trotzdem nicht richtig sein. Vielmehr ist die verschiedene Regelung des Verfahrens im code d'instruction criminelle wohl darauf zurückzuführen, daß man bei seiner Entstehung hauptsächlich an die Durchführung der politischen Forderung einer Beteiligung der Staatsbürger an der Rechtspflege dachte [1]) und daß hierfür der débat oral vor den cours d'assises genügte, dann aber vor allem auch darauf, daß man in dem längst nicht mehr nordischen Frankreich [2]) die dem englischen Recht zugrunde liegende Idee des mündlichen Verfahrens mit seiner nicht nur formalen, sondern wirklichen Waffengleichheit nicht verstanden hatte und deshalb nicht die Notwendigkeit einsah, daß dieser Grundsatz gleichmäßig vor allen erstinstanzlichen Gerichten gelten mußte.

Dieses Ergebnis wird durch folgende Umstände bekräftigt: Zunächst enthält der französische Strafprozeß noch weitere Einzelheiten wie z. B. die Anklageschrift [3]) mit dem Ermittlungsergebnis und das Résumé des Präsidenten [4]) vor der Abstimmung, zwei versteckte Angriffsmittel, gegen die sich der Angeklagte kaum wehren kann und die deshalb ebenfalls mit der Idee der mündlichen Verhandlung schlecht zu vereinbaren sind [5]). Dann aber haben uns gerade die eifrigsten Verfechter der Idee des mündlichen Verfahrens, Mittermaier und Leue, auf Grund ihrer Studien an Ort und Stelle bestätigt, daß man im französischen Verfahren nicht die germanische Idee des mündlichen Verfahrens selbst, sondern nur deren äußeren Schein zu suchen habe. [6]) Während Leue [7]) zusammenfassend nur von der Komödie der Franzosen spricht, findet Mittermaier [8]), vielleicht in einer Vorahnung rassenmäßiger Zusammenhänge, auch den wahren Grund hierfür, wenn er ausführt: Es bestehe ein Unterschied zwischen dem Nationalcharakter der Franzosen und Deutschen. Sinnlichkeit, Leichtsinn und Leidenschaft verließen den Franzosen nie. Auch der ehrwürdigste Akt werde ihm zum Schauspiel. Schließlich bringt ein Franzose selbst, Garraud [9]), diesen Unterschied in der rassenmäßigen Auffassung der Idee des mündlichen Verfahrens zum Ausdruck, wenn er eine „anglo-saxon graphophobie" feststellt und dazu ausführt, „la procédure française n'a pas cette horreur de la preuve écrite".

IIc 2aa.

Während Frankreich durch den code d'instruction criminelle hiernach ziemlich schnell ein dem Wesen seiner Bevölkerung angepaßtes Strafverfahren erhalten hat, dauerte es in Deutschland seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes noch rund 70 Jahre, bis durch die StPO. für das ganze Reich das mündliche Verfahren eingeführt worden ist. Wenn man die Dauer dieser Entwicklung recht

1) Wie unter II c/1 aa S. 26—27 ausgeführt ist.
2) Nähere Ausführungen über Ursachen und Wirkungen dieser Tatsache bei Rosenberg S. 88—104.
3) Ueber die Gefährlichkeit d. Anklageschr. als verstecktes Beweismittel: v. Gneist S. 126/27 und Gautier S. 305: Scripta manent.
4) Bezeichnend hierfür die Kritik Bindings S. 17 über den entsprechenden § 300 d. Entw. 1894/5: Dieses Résumé wische alle unmittelb. Eindrücke fort.
5) Ebensowenig die im Art. 269 c. d'instr. crim., nach dem es in das Belieben des Präsidenten gestellt ist: se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraîtraient, dazu die Kritik d. Mot. 72, 173.
6) So Mittermaier, Die Gesetzgb. S. 71—74, der dort aus eigener Erfahrung mitteilt, daß in Frankreich wegen mancher Mißbräuche die Mündlichkeit nur zum Schein bestehe und erst 1856! (S. 77) eine Richtung zum Besseren glaubt feststellen zu können. Ebenso die verschied. Kritiken i. d. Schrift: Merkwürdige Urteile neuerer franz. Rechtsgel. Ueber die mißbräuch. Verlesung v. Prot. in Frankr. ferner Mittermaier S. 313; ähnlich wie im Text Mot. 72, 11, die zur Vorsicht b. Vergleichen m. d. franz. Recht raten, weil es oft v. altdeutschen Anschauungen abweiche.
7) S. 75.
8) Die öffentl.-mündl. Strafrechtspfl. S. 65.
9) II S. 139.

verstehen will, muß man sich zunächst die Zustände jener Zeit vor Augen halten.

Im Gegensatze zu dem zentralisierten Frankreich hatten wir es in Deutschland damals mit einer großen Anzahl selbständiger Staaten zu tun, die sich ständig um die Ausprägung besonderer Rechtsgestaltung bemühten. Eine Besserung dieser Zustände konnte auch der Zusammenschluß in den Deutschen Bund nicht bringen, der wegen des Fehlens einer einheitlichen Führung nicht in der Lage war, die Initiative für eine im wesentlichen übereinstimmende Gesetzgebung der einzelnen Staaten zu ergreifen.

Aber auch innerhalb der einzelnen Staaten fehlte es im allgemeinen an einer zielsicheren Führung, die ein so großes Werk hätte vollenden können. Der Blick war meistens rückwärts gerichtet und mit Traditionen wurde vieles, was man nicht tat, aber hätte tun müssen, entschuldigt.

Man kann kaum sagen, daß eine derartige Zeit zur Gesetzgebung geeignet war.

Noch bestimmender für die lange Dauer der Entwicklung war jedoch die Tatsache, daß bei uns sich der Kampf um das mündliche Verfahren ganz anders als in Frankreich zu einem Kampf gestaltete, in dem sich, wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, die Politik und die Wissenschaft lange Zeit als feindliche Mächte gegenüberstanden.

bb.

Im Anfang dieser Entwicklung ist die Forderung nach dem mündlichen Verfahren, wie wir heute einwandfrei feststellen können, nicht als wissenschaftliche, sondern als politische Forderung aufgestellt worden.[1]) Es waren die von Frankreich zu uns herüber gedrungenen Gedankengänge des Aufklärungszeitalters und der französischen Revolution, wie Gleichheit der Rechte und Pflichten der Staatsbürger, Mitwirkung des Staatsbürgers am Staate, Kontrolle der Gesamtheit an den Einrichtungen des Staates usw., mit denen man diese Forderung begründete. Das zeigt ganz deutlich die Art, wie man in den ersten größeren Werken über das mündliche Verfahren[2]) dieses Problem anzufassen versucht hat. Besonders gut kann man aus dem 1819 erschienenen Werk Mittermaiers: „Die öffentliche mündliche Strafrechtspflege und das Geschworenengericht" erkennen, wie schwer es damals war, das Problem in eine wissenschaftliche Einkleidung zu bringen. Beinahe tastend versucht er dort noch das Wesen der mündlichen Verhandlung zu erfassen, wenn er schreibt[3]): „Beredsamkeit, die Gefährtin der politischen Freiheit, ist bei diesen Verhandlungen an ihrem Platze, sie begeistert die Richter, erhöht die Würde dieses ernsten Schauspiels und s c h e i n t ein neues Sicherungsmittel für die Unschuld zu geben". Als Selbstverständlichkeit erwähnt es Feuerbach[4]), daß diese Forderung nicht von der Wissenschaft aufgestellt sei, indem er als ihren Ursprung den „Geist der Zeit" nennt.[5])

Demnach haben sowohl Feuerbach als auch Mittermaier erkannt, wo die tragenden Kräfte der neuen Idee zu suchen waren. Sie haben aber offensichtlich diesen Geist der Zeit damals nicht als ernstlichen Gegner empfunden; denn sonst hätten wohl beide sich nicht mit einigen kurzen geschichtlichen Bemerkungen über die Entstehung dieser Forderung nach dem mündlichen Verfahren begnügt, um im Endergebnis eine Reform des bisherigen Verfahrens für ausreichend zu halten.[6])

---

1) Ebenso Abegg, Lehrb. S. 46.
2) Mittermaier, die öff.-mündl. Strafr.-Pfl. 1819 und Feuerbach, Betrachtungen üb. d. Oeff. u. Mündlichk. 1821.
3) S. 13.
4) I S. 8.
5) Ebenso merkwürdige Urteile S. IV.
6) Mittermaier, Theorie S. 20 und Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentl. u. Mündl. S. 300 ff. sowie Thierfelder S. 403.

cc.

Mit einer Reform war es jedoch nicht getan. Das hat auch Mittermaier später eingesehen.[1]) Sie war mit der neuen Idee nicht vereinbar, weil es nicht um die logisch wägbaren Vor- und Nachteile verschiedener Verfahrensarten ging, sondern um die Abschaffung eines wesensfremden und die Einführung eines dem deutschen Wesen entsprechenden Verfahrens.[2]) Erst als man diese Erkenntnis in dem Kampf um das mündliche Verfahren so zu fassen verstand, fiel die Entscheidung zugunsten des mündlichen Verfahrens.

Vorher waren die Vorkämpfer dieser Idee, die wir aus den gegen sie erhobenen Angriffen am besten erkennen können, den verschiedensten Mißverständnissen ausgesetzt. Wie immer, wenn die Verkünder einer reinen Idee in eine Zeit kommen, die für die Idee noch nicht reif ist, sprach man auch damals von Schwärmern.[3]) Man schalt sie daneben, ohne zwischen den Trägern der Idee und den Mitläufern zu unterscheiden, noch zu Feuerbachs Zeit als „unzufriedene Anhänger von Neuerungen und als verkappte Demagogen".[4]) Außerdem gab es auch damals Leute, die alles Gute vom Ausland erhofften und das mündliche Verfahren als Segen Frankreichs priesen.[5]) Dadurch kamen die Anhänger der neuen Idee zeitweise in den Verdacht, Anhänger Frankreichs zu sein. Der Kampf um das mündliche Verfahren gestaltete sich sogar eine zeitlang unter der Parole: „hie deutsch — hie welsch" zu einer nationalen Angelegenheit.[6])

Nach Feuerbach und Mittermaier muß es schließlich noch eine Gruppe von „Predigern" des Mündlichkeitsgrundsatzes gegeben haben, die der Idee deshalb geschadet haben, weil sie offenbar wie die von Hitler[7]) beschriebenen völkischen Wanderscholaren ein dem altgermanischen Verfahren rein äußerlich gleichendes Verfahren vor einem Thing gefordert haben. Anders ist die Bemerkung Mittermaiers[8]) kaum zu verstehen, daß ein verbessertes Inquisitionsverfahren zweckmäßiger sei als „ein dem Altertum unter entgegengesetzten Umständen abgeborgtes Verfahren". Ebenso kann ein Beispiel, das Feuerbach bringt[9]), nur gegen diese Verfechter der neuen Idee gerichtet sein. Danach zog einst ein Edler nach Frankreich. Er heiratete, zeugte Kinder und starb dort. Einer seiner späten Nachfahren kommt dann als Fremdling zurück und macht Rechte auf die Herrschaft geltend.

Als das größte Mißverständnis jener Zeit muß man aber wohl bedauern, daß die Wissenschaft bis auf wenige Ausnahmen[10]) die Frage zum Mittelpunkt ihrer Betrachtungen gemacht hat, ob die Einführung des neuen Verfahrens bei einer Abwägung seiner einzelnen Vor- und Nachteile zu rechtfertigen sei, statt den Gesichtspunkt herauszuarbeiten, daß das mündliche Verfahren kommen m u ß t e, weil es unserm Wesen entspricht.[11]) Als Beispiele für dieses Mißverständnis sind wohl hauptsächlich die Arbeiten von Feuerbach und Mittermaier, die sie über das neue Verfahren und die Geschworenengerichte geschrieben haben, zu nennen.

dd.

Trotz dieses Mißverständnisses sind diese Arbeiten jedoch für die Einführung des mündlichen Verfahrens nicht ohne Einfluß geblieben. Man kann zwar kaum sagen, daß sie in dem Kampf um das mündliche Verfahren jemals

1) Die Mündlichk. S. 3 u. 13—15, u. Die Gesetzg. S. 2 u. 9.
2) So bes. deutlich Leue S. 31 u. Hepp S. 190; Das öff.-mündl. Verfahren als nationale Forderung.
3) Vgl. Mittermaier wie 1) S. 3.
4) Ebenda.
5) Vgl. Leue S. XIII—XIV.
6) Leue S. 75 und Merkwürd. Urt. S. III.
7) Mein Kampf S. 396.
8) Theorie S. 20.
9) Betrachtungen über die Oeffentl. u. Mündl. S. 62—65.
10) Z. B. Leue. Vielleicht auch Abegg, Lehrb. S. 47, der die Forderung nach dem mündl. Verf. mit „polit., nat. u. sittl. Rücksichten" rechtfertigt. Ebenso Hepp S. 190.
11) Jeder Streitfall interessiert die Allgemeinheit (ursprünglich in der Form des Thinges, später in der des ö f f e n t l i c h e n mündlichen Verfahrens).

die treibende Kraft gewesen sind. Dafür haben sie aber dazu beigetragen, die seiner Einführung entgegenstehenden Hindernisse zu beseitigen, indem Feuerbach gezeigt hat, daß das neue Verfahren auch Vorteile hat, und Mittermaier noch weitergehend die bisherige Auffassung von dem Ueberwiegen der Nachteile widerlegt hat.

Da man außerdem aus den Arbeiten von Feuerbach und Mittermaier erkennen kann, wie sich die Idee des mündlichen Verfahrens bei uns allmählich durchgesetzt und wie man die Gefahren des französischen Vorbildes erkannt hat, soll hier ein kurzer Ueberblick über die Werke folgen, in denen sich die Zeit von 1810 bis 1856 spiegelt.

1810, zwei Jahre nach Inkrafttreten des code d'instruction criminelle, erscheint das Handbuch des Peinlichen Processes von Mittermaier. Es atmet schon deutlich den Geist der neuen Zeit, die als Gegenstände der Verhandlung: „Freiheit, Leben und Ehre“ [1]) wieder erkannt hat. Auch finden wir darin die Erkenntnis, daß uns mit dem Inquisitionsprozeß ein fremdes Verfahren aufgedrängt worden ist. [2]) Mittermaier zieht daraus jedoch keine Folgerungen. Vielmehr enthält der größte Teil des ersten und der ganze zweite Band nur eine Wiedergabe des bisherigen Rechts mit der Feststellung, daß es reformbedürftig ist. [3]) Schließlich ist auch die Bemerkung mißverständlich, daß Frankreichs Code auf englisches Recht und damit auf germanische Prinzipien schaue [4]), weil daraus nicht zum Ausdruck kommt, daß Frankreich im wesentlichen nur die äußere Form dieser Prinzipien übernommen hat. [5])

Bald nach diesem Werke Mittermaiers erregen 1813 die Betrachtungen Feuerbachs über das Geschworenengericht Aufsehen. In ihnen weist Feuerbach auf die Nachteile des mündlichen Verfahrens hin. Er sieht seine größte Gefahr darin, daß es ein „Bestechen des Verstandes durch die Sinne“ [6]) ermögliche. Zu der Frage, ob der Inquirent nicht derselben Gefahr ausgesetzt ist und dadurch ein falsches Protokoll aufnehmen kann, nimmt er leider keine Stellung. Vielmehr behauptet er nur, daß die von ihm für das mündliche Verfahren angedeutete Gefahr bei einem auf Protokolle aufgebauten Verfahren fehle.

1819 zwingt ihn ein Gerücht, daß er seine über die Geschworenengerichte geäußerte Meinung geändert habe, zu einer Widerlegung dieses Gerüchts. [7]) Bei dieser Gelegenheit bringt er noch einmal zum Ausdruck, daß nach seiner Ansicht die „Künste der Redner, das Blendwerk der Gebärden und Tränen“ [8]) gegen eine Abschaffung des schriftlichen Verfahrens sprechen. Dasselbe faßt er an einer anderen Stelle dahin zusammen, daß durch die Schriftlichkeit die Genies keine Vorteile vor den Langsamen, die Lügner und die Dreisten vor den Wahrhaften und Bescheidenen“ [9]) hätten.

Im selben Jahre erscheint Mittermaiers grundlegendes Werk über die öffentliche mündliche Strafrechtspflege und das Geschworenengericht. Aus der Zusammenstellung des Schrifttums auf S. 8—10 kann man sehen, wieviel zu dieser Zeit bereits über das mündliche Verfahren geschrieben war. Weiter finden wir hier zum ersten Male Ausführungen Mittermaiers darüber, was nach seiner Ansicht die politische Forderung nach dem mündlichen Verfahren bezweckt. Er schreibt [10]):

> „Das System geht von der republikanisch-eifersüchtigen Bewahrung der Volksrechte gegen jeden Eingriff und dem ängstlichen Streben aus, jedem Versuch vorzubeugen, wodurch die Mächtigen allmächtig die Rechte eines einzelnen Bürgers und damit die Volksfreiheit zu unterdrücken sich bemühten. Indem dieses System den Criminalproceß als ein Mittel der

1) I S. 40.
2) I S. 61.
3) Z. B. I S. 718 ff. u. II S. 190 ff.
4) I S. 108.
5) Wie das S. 31 dieser Arbeit ausgeführt ist.
6) S. 148.
7) In der Schrift: Erklärungen des Präsidenten von Feuerbach . . . .
8) S. 27—29.
9) Wie 8).
10) S. 12.

Bedrohung bürgerlicher Freiheit scheut, macht es die Anklage eines einzelnen Bürgers zur Sache aller und damit jeden Strafprozeß zu einer Volksangelegenheit, bei welcher das Volk sich den größten Anteil zu sichern, jeden gefürchteten Einfluß abzuschneiden und durch möglichste Publizität und eine sorgsame Veranstaltung das Interesse des Volkes zu erhöhen und die Unschuld zu sichern versucht."

Das frühere System bezeichnet er als weniger blendend.[1]) Die warme Teilnahme für das neue System erklärt er[2]) aus der „allmählich sich aufdrängenden Ueberzeugung, daß wir durch das ewige Schreiben in unserem papierenen Zeitalter unsere Sprache und die mit Freiheit eng verknüpfte Beredsamkeit gänzlich zu verlieren in Gefahr stehen". Die Gefahren des früheren Verfahrens sieht er vor allem darin[3]), daß die Protokolle immer von der Persönlichkeit des Protokollanten beeinflußt und Drohungen nicht protokolliert würden.[4]) Im Hinblick auf die von ihm in Frankreich beobachteten Zustände kommt er zu dem Ergebnis[5]), daß nur eine wahre, nicht in eine Komödie ausartende Publizität und nicht ihre Surrogate Deutschland nützen könnten. Schließlich taucht hier bei ihm zum ersten Male der Vorschlag auf[6]), rechtsgelehrte Richter beizubehalten, sie aber ihr Urteil auf Grund einer mündlichen Verhandlung fassen zu lassen.

Fast zur selben Zeit kommen 1821 Feuerbachs Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege und Mittermaiers Theorie des Beweises im Peinlichen Processe heraus.

Beiden Werken ist die Zurückhaltung gegenüber dem neuen Verfahren eigentümlich. Während Mittermaier in seinem 1819 erschienenen Werke schon Vorschläge[7]) über die Einführung eines neuen — im wesentlichen mündlichen — Verfahrens gemacht hat, hält er jetzt wieder das Inquisitionsverfahren, wenn nur die Inquisitionsgefahr eingeschränkt sei, für zweckmäßiger und dem Geist der Zeit angepaßter, als ein germanische Züge tragendes Verfahren.[8]) Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Feuerbach. Er gesteht zwar die Langsamkeit[9]) des schriftlichen Verfahrens, seine Trockenheit[10]) und das Fehlen einer Unmittelbarkeitswirkung[11]) ein. Er gibt jetzt auch zu, daß die Gefahr der Rede bei der „dem deutschen Geist eigentümlichen Richtung nach innen" nicht zu groß sei.[12]) Er meint aber, daß die Nachteile des mündlichen Verfahrens, die in dem Fehlen jeder Aufsichtsmöglichkeit[13]) und dem Vergehen der Rede beständen[14]) größer seien. Er behauptet schließlich, bewiesen zu haben[15]), daß nur durch das schriftliche Verfahren „eine sichere, vollständige, durchdringende Einsicht in die wahre Beschaffenheit der Sache zu gewinnen sei[16]).

Trotzdem kommt er aber zu dem Vorschlage, das alte und das neue Verfahren zu kombinieren.[17]) und stellt als Ideal eine öffentlich-mündliche und unmittelbare Schlußverhandlung hin[18]).

In der 1834 erschienenen Lehre vom Beweise ist noch keine grundlegende Aenderung in der Auffassung Mittermaiers zu erblicken.

Dagegen betont Mittermaier 1845 in der Schrift: „Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Oeffentlichkeit und das Geschworenengericht", daß man zu

1) S. 16.
2) S. 32.
3) S. 60.
4) S. 63.
5) S. 65.
6) S. 70.
7) Wie 6).
8) S. 20.
9) S. 237.
10) S. 295.
11) S. 239, 240.
12) S. 267.
13) S. 99.
14) S. 273.
15) S. 300.
16) Ebenso 1847 noch Krug, der den großen Wust der mündlichen Verhandlung kritisiert . 8/9.
17) S. 300 ff.; ebenso Thierfelder S. 403.
18) So auch Thierfelder S. 423, 429.

dieser Zeit ganz anders denke, als noch 1820 zu Feuerbachs Zeiten. [1]) Er schreibt: Heute sei die Mündlichkeit ein ernstes Problem, während man damals ihre Anhänger als Schwärmer, Demagogen und Anhänger Frankreichs betrachtet habe. Die Zusammenstellung des Schrifttums auf S. 13—15 überzeugt davon, daß man sich inzwischen mit deutscher Gründlichkeit auf dieses Problem gestürzt hatte. Auch finden wir in dieser Schrift zum ersten Male Andeutungen darüber [2]), daß der „débat oral" doch etwas anderes sei als die Grundsätze des geschichtlich gewachsenen englischen Rechts [3]).

Gegenüber dieser Stellungnahme bringt die 1846 fertiggestellte Abhandlung Mittermaiers, das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landesgesetzbücher, nicht viel Neues.

Dagegen spricht er 1856 in der Schrift „Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren" ganz deutlich aus, daß in Frankreich die Mündlichkeit nur zum Schein bestehe. [4]) Wenn Mittermaier weiter hier die Mündlichkeit als unerläßliche Forderung aufstellt [5]), so zeigt er doch an verschiedenen Stellen die falsche Auffassung, daß es sich im wesentlichen nur um die Frage handele, Nachteile des alten Verfahrens gegen Vorteile des neuen auszutauschen [6]).

ee.

Trotz dieser von der Wissenschaft allmählich für das mündliche Verfahren vorgebrachten Gründe wäre der Kampf für das mündliche Verfahren noch lange nicht entschieden worden, wenn nicht die von Anfang an gefühlsmäßig vorhandene Ueberzeugung der Richtigkeit der Forderung nach dem mündlichen Verfahren sich zu der Erkenntnis durchgerungen hätte, daß wir ein unserem Wesen entsprechendes Verfahren brauchten. Niemand hat diese Erkenntnis deutlicher ausgesprochen als Leue. Das schriftliche Verfahren beschuldigt er, daß es „dem offenen und ehrlichen Charakter der Deutschen, ihrer gewohnten Denk- und Handlungsweise und den von ihren Vätern e r e r b t e n und ihren Geist ganz durchdringenden Gebräuchen und Gesetzen so sehr widerstreite, ja sie völlig einstürzte". [7]) Es ist noch nicht lange her, da mußte Leue feststellen: „Alle Welt weiß und klagt mit Unmut darüber, daß mit dem ewigen Schreiben der lebendige Geist unterdrückt wird." [8]) Damit rückt er den Gedanken in den Mittelpunkt, daß es auf die Schaffung eines lebensnahen Rechts vor allem ankomme. Nach Leue soll das neue Recht jedoch nicht französisches Recht sein [9]), sondern ein dem deutschen Geiste angepaßtes Anklageverfahren mit mündlicher Verhandlung [10]). Das Wesen dieses von ihm beschriebenen deutschen Geistes leuchtet uns am hellsten aus seinem schönen Schlußwort entgegen, das die ausgeprägten Züge einer nordischen und damit dynamischen [11]) Rechtsauffassung trägt:

> „Man spricht in Deutschland so viel von historischen Grundlagen und der Bildung des Rechts aus sich und dem Volke heraus. Das ist gewiß eine herrliche Sache; aber die einzige Bedingung ihrer Möglichkeit ist ein mündliches und öffentliches Verfahren, ohne welches das Recht selbst so tot bleibt wie die Form seiner Geltendmachung. Solange daher in den Gerichten im stillen geschrieben wird, ist an eine volkstümliche Fortbildung des Rechts gar nicht zu denken, denn Licht und Wärme sind das erste Prinzip seines Werdens und Wachsens." [12])

1) S. 3.
2) Entgegen Handbuch 1, 108.
3) S. 42.
4) S. 71, 74.
5) S. 2.
6) S. 2 und 307.
7) S. 31.
8) S. 190.
9) S. 75.
10) S. 29.
11 Ueber die dynamische Rechtsauffassung Rosenberg S. 576.
12) S. 191.

Aeußerlich kam der Sieg des mündlichen Verfahrens dadurch zum Ausdruck, daß in den Grundrechten der Verfassung von 1848 bestimmt wurde: „Das Gerichtsverfahren soll öffentlich und mündlich sein." [1])

Obwohl 1848 die Verfassung scheiterte, war an eine rückläufige Bewegung nicht mehr zu denken. So wurde unter dem Drucke der öffentlichen Meinung in Preußen durch die Verordnung vom 3. Januar 1849 und das Gesetz vom 3. Mai 1852 das mündliche Verfahren eingeführt, nachdem es seit 1846 für den Berliner Bezirk galt.

Die Reichsgründung ermöglichte dann, worum man über ein halbes Jahrhundert erbittert gekämpft hatte. 1872/73 lag bereits der Entwurf einer StPO. für das ganze Reich vor. Er sollte deutsche und nicht französische Gedanken verwirklichen. [2]) Ebenso sollte er die durch das preußische Gesetz von 1852 Art. 25 in viel zu weitem Umfange zugelassene Verlesung von Urkunden einschränken. [3]) Im übrigen wollte man durch die §§ 204 ff., die den §§ 250 ff. StPO. entsprechen, den Urkundenbeweis mit dem Mündlichkeitsgrundsatz in Einklang bringen, nicht mehr. [4])

Der Entwurf ist ohne wesentliche Aenderungen Gesetz geworden und am 1. Oktober 1879 in Kraft getreten. Damit hat ganz Deutschland zum ersten Male in der Geschichte ein einheitliches mündliches Strafverfahren bekommen.

III.

Aus diesem geschichtlichen Ueberblick über die Entwicklung des mündlichen Verfahrens ergibt sich für die Idee des mündlichen Verfahrens folgendes:

Gegenstand des Strafprozesses sind unsere höchsten Werte: Ehre, Freiheit und Leben. Nach nordisch-deutscher Ansicht läßt man sich diese Werte nicht widerstandslos nehmen oder schenken, sondern gewinnt oder verliert sie im Kampfe. Von einem Kampf um diese Werte kann man aber nur dann sprechen, wenn der Angeklagte nicht Objekt der Untersuchung, sondern handelndes Subjekt ist. Unserer Auffasung vom Kampfe widerspricht es weiter, wenn sich zwei völlig ungleiche Gegner gegenüberstehen, von denen der Stärkere den Schwächeren eine Zeitlang schont, um ihn dann doch zu vernichten. Ebensowenig ist mit der Vorstellung des Kampfes ein geheimes Verfahren vereinbar.

Die Idee des mündlichen Verfahrens stellt deshalb im Kern einen auf Waffengleichheit aufgebauten Kampf vor dem entscheidenden Gerichte selbst und vor der Oeffentlichkeit dar.

Alles andere folgt daraus mit Notwendigkeit:

1. Die Verlegung des Hauptgewichts des Verfahrens auf eine Hauptverhandlung;
2. die Ausschaltung der Akten als Urteilsgrundlage;
3. die Formenstrenge der Verfahrens- und Beweisvorschriften wegen ihrer Eigenschaft als Kampfregeln, und schließlich
4. die unmittelbare Vernehmung der Zeugen und
5. die Verlesung von Urkunden.

Im einzelnen ist hierzu folgendes zu bemerken:

1. Die Betonung des Schwergewichts der Hauptverhandlung ist erforderlich, um zu vermeiden, daß sie, wie zur Zeit des Inquisitionsprozesses der Endliche Rechtstag, zur Formalität herabsinkt. [5])
2. Das Verbot, die Akten als Urteilsgrundlage zu benutzen, bedeutet nicht, daß das Gericht sich zur Hauptverhandlung nicht aus den Akten vorbereiten darf. Ebensowenig ist dem Gericht hierdurch verwehrt, sich während der Hauptverhandlung Aufzeichnungen zu machen und sie nach-

1) DJ. S. 154.
2) Mot. 72, 11.
3) Mot. 72, 173.
4) E. 73, 44 und Mot. 72, 172; ferner Hahn S. 501.
5) Richtig deshalb Zachariä, Hdb. S. 54, dort, wo das Gewicht zuungunsten d. Hauptverhandlung verschoben werde, sei Halt zu machen.

her zu benutzen.[1]) Dagegen soll dieses Verbot verhindern, daß das Gericht den bei den Akten befindlichen Protokollen und sonstigen Schriftstücken eine zu große Bedeutung beimißt[2]), sie vielleicht sogar zunächst — wenn auch unbewußt — als wahr unterstellt und dann nur noch prüft, wieweit die Angaben des Angeklagten damit vereinbar sind oder nicht[3]). In diesem suggestiven Einfluß der Akten liegt wohl ihre Hauptgefahr. Eine derartige Ueberwertung des Akteninhalts müßte notwendigerweise zu einem „Untersuchungsverfahren" führen, dessen Gefahr darin liegt, daß es sich hinter der Form einer mündlichen Verhandlung versteckt.

3. Die besondere Formenstrenge der Beweisvorschriften ist das notwendige Gegenstück zu der freien Beweiswürdigung, der conviction intime, der innersten, innigsten Ueberzeugung des Richters. Diese Formenstrenge ist erforderlich, damit nicht durch doppelsinnige Auslegung irgendeiner am Verfahren beteiligten Person oder durch eine Einigung der Parteien eine Unklarheit über die Kampfregeln entsteht und damit aus einem sauber geführten Kampf eine Streiterei um Paragraphen entsteht.[4]) Hiermit dürfen Beweisregeln im Sinne einer Bindung des richterlichen Ermessens nicht verwechselt werden. Sie sind wegen ihres inneren Gegensatzes zur freien Beweiswürdigung in einem mündlichen Verfahren mit freier richterlicher Beweiswürdigung in keiner Form vereinbar.

4. Weiter folgt auch die Pflicht des Gerichts, die Zeugen unmittelbar zu vernehmen, aus der Vorstellung des Strafverfahrens als Kampf. Danach haben die Richter nicht nur logische Erwägungen anzustellen, für die vielleicht die Protokolle mit den Aussagen von Zeugen genügten. Sie sind vielmehr Kampfrichter und haben wie jeder andere Kampfrichter auch den Kampf s e l b s t zu beobachten.[5]) Sie müssen außerdem die Zeugen selbst in Gegenwart des Angeklagten deshalb hören, weil sie nur so erkennen können, ob und welche Wirkung der Angriff auf den Angeklagten gemacht hat und ob und wie die Verteidigungsmittel des Angeklagten hiergegen wirken. Ueberdies kann sich der Angeklagte in der Regel auch nur gegen die anwesenden Zeugen wirksam verteidigen, nicht dagegen gegen verlesene Protokolle.

5. Die Verlesung von Urkunden ist — soweit deren Benutzung überhaupt zulässig sein soll — schließlich das einzige Mittel, um bestimmte Kampfmittel so, wie sie ursprünglich vorhanden sind, in den Kampf einzuführen und eine ungerechtfertigte Vorwegnahme der Beweiswürdigung zu verhindern.

Die Durchführung dieser Idee ist in der Strafprozeßordnung teilweise in den §§ 261, 250 und 249 zu suchen, und zwar sind die unter 1. bis 3. behandelten Gedanken vor allem in § 261 niedergelegt, die unter 4. aufgeführten Gedanken in § 250 und die unter 5. wiedergegebenen Gedanken in § 249 StPO.

Demnach ist der Urkundenbeweis nur gegenüber dem Zeugen- und Sachverständigenbeweise subsidiär. Allgemein dagegen gibt es eine Subsidiarität des mittelbaren und damit in der Regel auch des Urkundenbeweises nicht. Aus § 261 StPO. folgt vielmehr, daß der Urkundenbeweis, auch soweit er mittelbarer Beweis ist, abgesehen von der Einschränkung durch den Mündlichkeitsgrundsatz, dem unmittelbaren Beweise gleichgestellt ist; denn eine Einschränkung des mittelbaren Beweises würde auf die Bildung negativer Beweisregeln hinauslaufen, die in diesem Umfange mit der freien Beweiswürdigung unvereinbar

1) So schon Planck, Syst. Darst. S. 194 und Feuerbach, Betracht. üb. d. Oeff. u. Mündl. S. 197.

2) Hiervor warnt auch Liszt S. 36.

3) Auf die hierin liegende große Gefahr deutet schon v. Gneist S. 7 hin; ebenso Aschrott S. 12 und Adickes S. 31 ff.

4) Deshalb ist die Begründung von Bendix S. 184 ff. für seine entgegengesetzte Forderung kaum zu halten.

5) Dabei sind die Kampfrollen in der heutigen StPO. nicht so restlos klar verteilt, daß etwa der Richter nur Schiedsrichter über die kämpfenden Parteien wäre. Immer aber handelt es sich heute um einen unmittelbaren Kampf zwischen mindestens der Verwirklichung des Strafrechtsanspruchs des Staates und den Hemmungen, die dieser Verwirklichung entgegentreten.

sind. Als Auslegungsregel für den Urkundenbeweis läßt sich hiernach der Satz aufstellen:

Der Urkundenbeweis darf zwar grundsätzlich den Zeugen- und Sachverständigenbeweis in der Hauptverhandlung nicht verdrängen, ist aber im übrigen zulässig, soweit er nicht ausdrücklich verboten ist [1])

Vergleicht man schließlich dieses Ergebnis mit der Forderung nach einem lebensnahen [2]) und artgemäßen Verfahren, so muß man wohl feststellen, daß das geltende Strafprozeßrecht bereits einige Grundlagen hierfür in sich trägt. Eine wesentliche Aenderung der §§ 261, 250 und 249 scheint deshalb nicht notwendig zu sein. Trotzdem muß etwas getan werden, um die im heutigen mündlichen Verfahren nicht scharf genug durchgeführte Kampfidee zur Geltung zu bringen und um die Mißverständnisse über das Wesen der Verfahrensgrundsätze, ihre Geltung und ihre Bedeutung für die Auslegung der einzelnen Vorschriften zu klären.

Eine Darstellung des Verfahrens, in dem die Kampfidee gut durchgeführt ist, geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus und bleibt Aufgabe einer besonderen Abhandlung. Dagegen sind an dieser Stelle Andeutungen am Platze, wie man die Mißverständnisse über das Wesen der Verfahrensgrundsätze beseitigen kann.

In der Hauptsache käme es hier darauf an, Klarheit darüber zu schaffen, daß der Unmittelbarkeitsgrundsatz im objektiven Sinne nicht gilt [3]), daß die Unmittelbarkeit im subjektiven Sinne nur eine Teilerscheinung dessen ist, was man bisher Mündlichkeitsgrundsatz genannt hat [4]), und daß schließlich der Mündlichkeitsgrundsatz selbst eine unglücklich gewählte Bezeichnung ist, weil sie die zugrunde liegende Kampfidee [5]) in keiner Weise richtig und vollständig erkennen läßt.

Diese Klarstellung dürfte am zweckmäßigsten in der Form einer amtlichen Erläuterung oder einer Einleitung zu der neuen Strafprozeßordnung geschehen, die die hier unter III. wiedergegebenen Gedanken enthält.

---

1) Ebenso Beling, D. RStPRecht S. 312 und die herrsch. Meinung.
2) Diesen Zweck verfolgten schon der E. 73, s. E. Komm. 73 S. 127.
3) Ausgeführt S. 16—19.
4) Ausgeführt S. 15—16; für den Zivilprozeß wohl ebenso Freissler, DJ. 1934 S. 75 r. ob.; „Grundsatz der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit."
5) Diese Kampfidee wird auch am besten der Tatsache gerecht, daß der Angeklagte noch Volksgenosse und kein Verurteilter ist. Sie verhindert am besten eine Anticipation des Urteils und damit der Ausstoßung aus der Volksgemeinschaft. Hierauf hat aber jeder Kulturstaat besonderen Wert zu legen. Er kann es auch, besonders wenn er ein starker Staat ist. Er kann warten, bis das Urteil endgültig geworden ist. Von diesem Augenblick an wird er aber den „Verbrecher" mit aller Strenge seine Macht fühlen lassen.

Besonderer Teil.

Die im Allgemeinen Teil entwickelten Grundregeln über den Urkundenbeweis finden ihre nähere Ausgestaltung in den §§ 251 bis 256 StPO. In Frankreich fehlen derartige Einzelbestimmungen über den Urkundenbeweis vor dem Schwurgericht, die man wohl bei Entstehung des code d'instruction criminelle für überflüssig gehalten hat. Inzwischen hat man in Frankreich eingesehen, daß eine nähere Regelung für den Urkundenbeweis doch nötig sei. Ein neues Gesetz hat man deshalb aber noch nicht erlassen. Vielmehr hat die Praxis in ständiger Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, die unseren §§ 251 ff. entsprechen. Sie sollen bei der Besprechung der einzelnen deutschen Vorschriften zum Vergleich herangezogen werden.

Im Anschluß an diese vergleichende Darstellung soll noch kurz im Zusammenhang auf die nach Inkrafttreten der StPO. geäußerten Reformwünsche und Reformvorschläge eingegangen werden, um abschließend ihre Berechtigung zu prüfen.

Erster Abschnitt.

Ia/1.

Die Bedeutung sämtlicher Ausnahmevorschriften über den Urkundenbeweis läßt sich erst dann erkennen, wenn Klarheit über die Grundregeln geschaffen ist. Infolgedessen ist zunächst ein näheres Eingehen auf die §§ 249 und 250 StPO. erforderlich.

Während im deutschen Recht die Pflicht des Gerichts zur Verlesung von Urkunden im § 249 StPO. festgelegt ist, gibt es im code d'instruction criminelle keine derartige Sonderbestimmung über die Form des Urkundenbeweises. Trotzdem fehlt auch im französischen Recht nicht jeder Hinweis hierauf. Vielmehr ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaute der Art. 153 II, 190 II und 512 II, code d'instruction criminelle, daß die Protokolle mit den „dépositions écrites" verlesen werden müssen. Daraus folgert man in Frankreich mit Recht, daß es außer der Verlesung vor allen Gerichten keine andere Form des Urkundenbeweises gibt. Hierfür spricht überdies das völlige Fehlen von Entscheidungen, in denen ein Urteil aufgehoben ist, weil eine Urkunde nicht durch Verlesung, sondern durch „Inhaltskonstatierung" — besser Bericht! — zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht worden ist.

Eine abweichende Meinung vertritt nur Leloir unter Anm. 23 zu Art. 153. Dort hält er im Einklang mit einer älteren Entscheidung für zulassig, daß im Verfahren vor den „tribunaux de simple police" und den „tribunaux de police correctionelle" die Verlesung von Urkunden unterbleibt, sofern das Gericht den Inhalt der Urkunde in Form eines Berichts feststellt und zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung — débat contradictoire [1]) — macht. Selbst nach dieser Auffassung genügt aber der Urkundenbericht — manifestation suffisante du contenu d'un document — nicht [2]), wenn der Angeklagte ausdrücklich die Verlesung verlangt.

1) Wegen dieser Bezeichnung vgl. Hélie S. 386 Nr. 483.
2) Leloir Art. 153 Nr. 24.

Im Gegensatze hierzu ist der Urkundenbericht in Deutschland nach feststehender Rechtsprechung [1]) als ordentliche Form des Urkundenbeweises statt der Verlesung immer dann zulässig, wenn nicht der Staatsanwalt oder der Angeklagte die Verlesung beantragen [2]). Daß diese Auffassung nicht unbedenklich ist, zeigen die immer wiederkehrenden Angriffe der Lehre. [3]) Mit Recht kann man dieser Rechtsprechung insbesondere vorwerfen, daß sie gegen den klaren Wortlaut des § 249 StPO. verstößt, der wie alle anderen Vorschriften über den Urkundenbeweis den Bericht nicht erwähnt, sondern nur von „Verlesen" spricht. Ueberdies widerlegt sich das Reichsgericht selbst, indem es den Urkundenbericht, obschon er im § 249 StPO. nicht erwähnt wird, gleich der Verlesung zuläßt, eine gleichmäßige Behandlung von Urkundenbericht und Verlesung aber hinsichtlich der Protokollierung nach § 273 StPO. deshalb nicht für erforderlich hält, weil in § 273 StPO. der Urkundenbericht nicht erwähnt ist. Außer dieser Inkonsequenz spricht gegen die Auffassung des Reichsgerichts der Umstand, daß es über manches hinweggegangen ist, was gegen seine Ansicht sprechen könnte.

Das ist besonders bei der Frage der Fall, ob nicht der Urkundenbericht wenigstens teilweise auf eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung hinausläuft. Gerade diese Frage dürfte zu bejahen sein. Man braucht dabei nur an die allgemein bekannte Tatsache zu denken, daß man allein durch die beabsichtigte oder unbeabsichtigte Wahl der Worte ohne Fortlassen irgendwelcher Tatsachen den Inhalt einer Urkunde derart verschieden darstellen kann, daß beim Zuhörer der Eindruck entsteht, als handle es sich um zwei, nicht aber nur um eine Urkunde. Schon auf Grund dieser Erfahrung stellt sich der Bericht als Wiedergabe des Inhalts einer Urkunde dar, die in unkontrollierbarer Weise auf eine vorweggenommene Beweiswürdigung hinausläuft. [4]) Demgegenüber ist die Verlesung die einzige Art der Wiedergabe, bei der der Inhalt einer Urkunde objektiv in den Prozeß, den débat oral, eingeführt wird. Es wäre unverständlich, wenn der Gesetzgeber dieser Erkenntnis nicht Rechnung getragen haben sollte.

Schließlich hat das Reichsgericht, obwohl es sonst so eifrig um die Wahrung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bemüht ist, es vermieden zu prüfen, ob der Urkundenbericht überhaupt mit diesem Grundsatze vereinbar ist. Hätte das Reichsgericht dies geprüft so hätte es erkennen müssen, daß der Urkundenbericht dem Unmittelbarkeitsgrundsatz im subjektiven Sinne, besser dem Mündlichkeitsgrundsatze, wenigstens im Verfahren vor den Kollegialgerichten widerspricht, weil dort der Inhalt der Urkunde beim Berichte durch die Subjektivität eines Richters, der nicht kongruent ist mit dem erkennenden Gericht, in den débat oral eingeführt wird. [5])

Es kann nach alledem kaum noch einem Zweifel unterliegen, daß die Verlesung grundsätzlich die einzige Form des Urkundenbeweises ist, die dem Gesetz entspricht. [6]) Ein Verzicht darauf ist wegen der zwingenden Natur des § 249 unzulässig. [7])

Eine Ausnahme hiervon ist wohl nur dann zuzulassen, wenn es sich um den Beweis über längere Schriftstücke, insbesondere unzüchtige Schriften, Bücher mit hochverräterischem Inhalt usw. handelt. In diesen Fällen dürfte einer weitverbreiteten Praxis beizustimmen sein, die den § 249 StPO. dahin auslegt, daß der Vorsitzende — unter der Voraussetzung, daß die Beteiligten keinen Antrag auf Verlesung stellen — die Stellen herausgreifen und vor-

1) Durchbrochen von der Entscheidung RGSt. 59, 144, die sich allerdings nur auf § 253 II erstreckt. Im übrigen vgl. zur Stellungnahme zu § 249 Löwe-Rosenberg A. 3a zu § 249.
2) Vgl. JW. 1930, 2565 Nr. 34. Ebenso RG. in JW. 1928, 1939 u. 1929, 1048, sowie Alsberg S. 210/221.
3) Z. B. Gerland S. 235 und Beling S. 320.
4) Diese Möglichkeit bejaht auch Alsberg S. 209.
5) Ebenso Hegler I, 422 Anm. 4 und Meyer, GA. 74, 349 ff.
6) So auch die überwiegende Auffassung der Lehre: Vgl. Beling S. 320; Rosenfeld S. 177 Anm. 5; Hegler 1,422; Gerland S. 235; JW. 1928, 819. Ebenso Löwenstein in der Anm. II zu JW. 1928, 1939. Anscheinend ebenso ferner RGSt. 59, 144, im Hinblick auf die Prot. d. Reichstagskommission S. 384 ff. u. 959 ff.
7) Alsberg S. 210.

lesen kann, die zum Beweise für die Schuld oder Unschuld des Angeklagten oder für das Strafmaß geeignet sind[1]), und im übrigen den Bericht über den restlichen Inhalt der Urkunde für zulässig hält.

Hier spielt freilich das Ermessen des Vorsitzenden eine Rolle. Dadurch ist indessen eine Gefährdung der Wahrheitsermittlung kaum zu befürchten. Im Gegenteil würde es der Ermittlung der Wahrheit nur schaden, wenn das Gericht unter allen Umständen auch die völlig gleichgültigen Stellen langer Schriften verlesen müßte, denn dadurch entsteht die Gefahr, daß die Aufmerksamkeit des Gerichts vom wesentlichen abgelenkt oder doch zum mindesten der Eindruck der wichtigen Stellen abgeschwächt wird.

Falls man diese Rechtsprechung für falsch halten sollte, weil § 249 hiermit unvereinbar sein sollte, scheint es angebracht, den hier zum Ausdruck gebrachten Standpunkt in einer Ausnahmevorschrift zu § 249 StPO. festzulegen.

Ia/2.

Zwingend ist die Form nur für den Beweis der Schuld- und Straffrage, den sog. Strengbeweis, vorgeschrieben, nicht dagegen für jeden anderen Beweis, der im Laufe des Verfahrens nötig wird, den Freibeweis im weiteren Sinne, und für die Fälle, in denen Urkunden überhaupt nicht als Beweismittel, sondern als Vernehmungsbehelfe verwendet werden sollen. In diesen Fällen steht es im Ermessen des Vorsitzenden, in welcher Form er den Inhalt der Urkunden zur Kenntnis der Prozeßbeteiligten bringen will.

Unzulässig ist jedoch die Verlesung von Urkunden zum Vorhalt (d. h. als Vernehmungsbehelf) deshalb, weil ohne dieses Verbot die Gefahr bestünde, daß Urkunden, die als Beweismittel nicht verlesen werden dürfen, unter der Bezeichnung eines Vorhalts verlesen und so doch zum Gegenstand der Verhandlung gemacht würden.[2])

Während in Frankreich dieses Verbot allgemein anerkannt ist[3]), läßt das Reichsgericht in verschiedenen Entscheidungen die Verlesung zum Vorhalte zu[4]). In diesen Entscheidungen setzt es anscheinend folgendes als selbstverständlich voraus:

1. Den Takt des Richters, der bei der Verlesung von Urkunden zum Vorhalte durch seine Fragestellung deutlich zu erkennen gibt, daß das, was in den Urkunden steht, noch nicht bewiesen ist, daß vielmehr durch die Verlesung erst Erklärungen des Angeklagten bzw. Zeugen hervorgerufen werden sollen;
2. eine ausdrückliche Rechtsbelehrung der Laienrichter, aus der sie erfahren, daß sie den Inhalt der zum Vorhalte verlesenen Urkunden nicht verwerten dürfen.

Gerade hierin liegt jedoch der Irrtum, weil — wie das Reichsgericht in einer anderen Entscheidung[5]) selbst feststellen muß — oft nicht nur die Laien-, sondern auch die Berufsrichter nicht auseinanderhalten können, was Beweisergänzung und was nur Vernehmungsbehelf ist. Aus diesem Grunde kann die noch mögliche Erwägung, es fehle an einer entgegenstehenden Vorschrift, die eine Verlesung zum Vorhalte verbiete, nicht überzeugen.[6])

---

1) Ebenso Alsberg S. 216; enger dagegen wohl der frz. Standpunkt, vgl. Rivière Anm. 2 d zu Art. 153.

2) Richtig Bayr. OLG. in JW. 1927, 2060 Nr. 19: Verlesung von Zeugenaussagen ist stets ein Akt der Beweisaufnahme.

3) Leloir Nr. 27 zu Art. 319 und Poittevin app. zu Art. 316 Nr. 25. Aehnlich Nr. 26: Mitteilung des Ergebnisses eines medizinischen Rapports zur Vorvernehmung der Aerzte zulässig, soweit der Vorsitzende den Bericht oder das Gutachten nicht verliest. Das beweist auch der Fall Dreyfus. Dort hatte der Kriegsminister Mercier den Wunsch, das dossier secret nicht in die Akten zu heften, deshalb geäußert, weil er befürchtete, daß der Kassationshof sonst das Urteil wegen der verschiedensten Verfahrensmängel aufheben würde. Vgl. v. Schwarzkoppen S. 54 ff.

4) Z. B. RGSt. 61, 9 und 72.

5) RGSt. 64, 79.

6) Auch die Argumentation von Alsberg S. 213 kann nicht überzeugen. Danach kommt es nur auf den Zweck des Vorhaltes an, während die Form gleichgültig ist.

1b.

Ebensowenig wie die Verlesung von Urkunden zum Vorhalt erfolgen darf, ist die Verlesung durch andere Personen als das Gericht oder den Schriftführer zulässig.[1]) Das wird mitunter allerdings bestritten und die Verlesung durch andere Prozeßbeteiligte für zulässig gehalten.[2]) Dagegen spricht aber, daß nur die Verlesung durch das Gericht oder den Schriftführer die Gewähr dafür bietet, daß der Inhalt der Urkunde objektiv ohne Zusätze und Fortlassungen vorgetragen wird.

IIa/1.

Während wir in Deutschland in § 250 StPO. eine ausdrückliche Vorschrift darüber haben, welche Urkunden grundsätzlich verlesen werden dürfen, folgt dies in Frankreich erst mittelbar aus Art. 317 II code d'instruction criminelle. Trotzdem bedeutet § 250 noch keinen allzu großen Fortschritt. Das liegt — wie schon im allgemeinen Teil ausgeführt ist[3]) — daran, daß man in § 250 vieles hineinlegt, was nicht hineingehört. Das geschieht insbesondere auf Grund einer ziemlich spitzfindigen Auslegung mit der Betonung einzelner Worte[4]) mit dem Problem des Zeugen vom Hörensagen und damit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz. Erst wenn man diese Probleme, die aus § 261 StPO. zu lösen sind, aus § 250 ausgeschieden hat, kann § 250 seine wahre Bedeutung wiedererlangen. Sie besteht nur, wie im allgemeinen Teil dargelegt ist, in der Wiedergabe eines wesentlichen Teiles des Mündlichkeitsgrundsatzes. Bei dieser Auslegung bedeutet Satz 2 des § 250 gegenüber Satz 1, nach dem die Zeugen grundsätzlich in der Hauptverhandlung zu vernehmen, d. h. mündlich abzuhören sind, nichts Neues.[5]) Er erläutert vielmehr, was manche auch nach der Entstehungsgeschichte für möglich halten[6]), nur Satz 1, indem er im Gegensatze zur positiven Ausdrucksweise des Satzes 1, der Zeuge sei zu vernehmen, negativ wiederholt, an Stelle der Vernehmung dürfe nicht die Verlesung einer Urkunde treten.

Mit diesem Verbote stellt die Vorschrift des § 250 indessen nicht — wie Alsberg meint[7]) — ein Beweisverbot dar. Das ergibt sich aus der Lehre von den Beweisregeln und Beweisverboten, um die sich Beling besonders verdient gemacht hat. Danach sind Beweisverbote die von außen an den Beweis herangetragenen Grenzen, die das Beschreiten eines bestimmten Weges ohne Rücksicht auf die erfahrungsgemäß festgestellte Brauchbarkeit eines Beweismittels unmöglich machen.[8]) Der Grund dieser Einschränkungen ist jedesmal eine Interessenkollision.[9]) Und zwar handelt es sich hierbei durchweg um außerstrafprozessuale Interessen, die so stark sind, daß das strafprozessuale Interesse des Staates an der Erforschung der materiellen Wahrheit davor zurücktreten muß. Die Beweisverbote treten dadurch in einen gewissen Gegensatz zur materiellen Wahrheit, wie das bei Beweisregeln unmöglich ist. Hiernach entspricht § 250 nicht den Voraussetzungen für ein Beweisverbot. Vielmehr bringt er, wie schon im allgemeinen Teil ausgeführt ist, einen Teil des Mündlichkeitsgrundsatzes zum Ausdruck.

Im einzelnen können bei der Frage, wann die Verlesung einer Urkunde einen Ersatz des Zeugenbeweises darstellt, Zweifel entstehen. In diesen Fällen ist für die Auslegung des § 250 seine Zweckbestimmung maßgeblich, das Gericht

---

1) Genau: Urkundsbeamter der Geschäftsstelle.
2) Vgl. Alsberg S. 207 Anm. 8.
3) Z. B. S. 17.
4) Vgl. Beling S. 319. Dagegen Ditzen ZStW. 10, 153; richtig RG. in JW. 1925, 979 Nr. 53.
5) Ebenso v. Kries ZStW. 6, 93 und Alsberg S. 202 Anm. 13. Vgl. auch Schäfer S. 61, der in Satz 1 die Benutzungsform für den Zeugenbeweis sieht.
6) So JW. 1929, 2996.
7) S. 233. Ebenso unzutreffend die Identifizierung von Beweisregeln und Beweisverboten bei Gerland S. 170.
8) Vgl. Beling, Beweisverbote S. 3 ff.
9) Vgl. Hahn S. 99 ff. und Mot. zu E. Komm. 73 S. 33.

zur persönlichen Anhörung der zur Verfügung stehenden Auskunftspersonen zu nötigen.[1]) Hierbei sind zweckmäßig folgende drei Fälle zu unterscheiden:

1. Es sind Auskunftspersonen überhaupt nicht vorhanden.
2. Die an sich vorhandenen Auskunftspersonen können aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht als „Zeugen" vernommen werden.
3. Es sind Auskunftspersonen vorhanden, die aus besonderen Gründen Aufzeichnungen benutzen müssen.

IIa/2aa.

Zu der ersten Gruppe gehören vor allem die Fälle, in denen Dispositivurkunden vorhanden sind. Sie sind, wie unstreitig ist, unbeschränkt verlesbar.[2]) Außerdem muß man dem Fall, in dem Auskunftspersonen nicht vorhanden sind, wohl den Fall gleichstellen, in dem Auskunftspersonen nicht mehr vorhanden, d. h. gestorben sind. Auch in diesem Falle kann von einem Ersatze des Zeugenbeweises nicht gesprochen werden, wenn Aufzeichnungen des Verstorbenen selbst zur Verlesung gelangen.[3])

IIa/2bb.

Zur zweiten Gruppe gehört zunächst der Fall, daß Auskunftspersonen aus rechtlichen Gründen nicht als Zeugen vernommen werden können und deshalb ein Ersatz des Zeugenbeweises bei Verlesung der Urkunden nicht vorliegt.

Das wichtigste Beispiel hierfür ist die Verlesung von Aufzeichnungen des Angeklagten, der deshalb ohne weiteres als Zeuge ausscheidet, weil Zeugen nur dritte Auskunftspersonen sind, er selbst aber unmittelbar beteiligt ist. Infolgedessen kommt bei Verlesung von Aufzeichnungen des Angeklagten, insbesondere Briefen und Kassibern, nie eine Verletzung des § 250 in Betracht.[4]) Aus diesem Grunde ist es auch überflüssig, die Verlesung beleidigender Briefe des Angeklagten damit zu rechtfertigen, sie haben nicht die Beleidigung, sondern nur den beleidigenden Charakter dieses Briefes, also gleichsam das Vorhandensein eines Briefes beleidigenden Inhalts, beweisen sollen.[5])

Von den Briefen des Angeklagten sind selbstverständlich die Briefe an den Angeklagten zu unterscheiden.[6]) Sie dürfen grundsätzlich deshalb nicht ohne oder vor Vernehmung des Verfassers verlesen werden, weil der Verfasser gewöhnlich als Zeuge vernommen werden kann.[7])

Ebenso häufig ist in der zweiten Gruppe der Fall, daß aus tatsächlichen Gründen eine Vernehmung unmöglich, die Verlesung von Aufzeichnungen dieser Personen daher zulässig ist.

Absolut unmöglich ist die mündliche Vernehmung wohl nur beim Stummen oder geisteskranken Zeugen. In allen anderen Fällen handelt es sich dagegen nur um eine relative oder temporäre Unmöglichkeit. Während im Fall der absoluten Unmöglichkeit die Verlesung von Aufzeichnungen in Frankreich[8]) und Deutschland[9]) allgemein für zulässig gehalten wird, ist die Frage der Verlesbarkeit von Urkunden bei relativer Unmöglichkeit der Zeugenvernehmung bestritten.

Dieser Streit war besonders heftig in Frankreich. Dort hielt man zunächst die Verlesung von Aufzeichnungen abwesender und im Augenblick nicht erreich-

1) Ebenso Dohna S. 165.
2) Alsberg S. 227.
3) Ebenso Hegler II, 357 ff.; Beling S. 253 sowie Alsberg S. 224 ff. Anders freilich RG. z. B. in GA. 46, 435.
4) Ebenso RGSt. 65, 295; vgl. auch Alsberg S. 251 A. 188, und Leloir Art. 319 Nr. 5.
5) Vgl. Alsberg S. 228 Anm. 31.
6) Anders Hélie S. 556 Nr. 687, der ohne Unterschied die Verlesung der Briefe für zulässig hält: Qui émanent de l'accusé ou lui ont été adressées.
7) Im Ergebnis teilweise übereinstimmend RGSt. 60, 170.
8) Poittevin Art. 317 Nr. 240 und Garraud II, 123 Nr. 420,3 mit der Einschränkung, daß der Stumme oder Taubstumme überhaupt zeugnisfähig ist.
9) Vgl. § 186 GVG., in dem in erster Linie wohl die schriftliche Verständigung erwähnt wird.

barer Zeugen für völlig unzulässig.[1]) Gegenüber dieser älteren Auffassung hält man neuerdings in solchen Fällen die Verlesung unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig.[2]) Zur Begründung dieser Auffassung geht die neuere Lehre davon aus, daß der Code de Brumaire an IV Art. 365 ursprünglich verbot, irgendwelche schriftlichen Aufzeichnungen (declarations écrites)[3]) eines abwesenden Zeugen zu verlesen, während im code d'instruction criminelle dieses absolute Verbot nicht mehr enthalten ist. Sie schließt daraus, daß die Verlesung von Aufzeichnungen eines abwesenden Zeugen zulässig ist, soweit das Prinzip des Debat oral dadurch nicht verletzt wird. Eine Verletzung komme weiterhin nur dann in Betracht, wenn die Verhandlung mit dem abwesenden Zeugen in absehbarer Zeit stattfinden könne, ohne daß durch diese Verzögerung der Prozeßzweck vereitelt werde.[4])

Es ist zweifelhaft, ob nach der im allgemeinen Teil gegebenen Darstellung des Mündlichkeitsgrundsatzes der § 250 eine derartige Auslegung zuläßt. Für die Zulässigkeit der Verlesung von Protokollen bei relativer Unmöglichkeit, den Zeugen zu vernehmen, könnte man vielleicht anführen, daß auch § 250 eine Garantie der Wahrheit darstelle und daher nicht der Durchführung von Strafverfahren überhaupt im Wege stehen könne. Dagegen spricht jedoch, und das ist ausschlaggebend, daß hier bei Zulassung der Verlesung des Protokolls die Mündlichkeit in einem unkontrollierbaren Umfange dem Ermessen der Gerichte ausgeliefert wäre. Hierdurch könnte mehr Schaden entstehen als dadurch, daß in einem Einzelfalle mal ein Verfahren deshalb zur Einstellung gelangt, weil die Schuldfrage nicht geklärt ist.

IIa/2cc.

Die höchsten Anforderungen an den Takt des Richters stellt schließlich die dritte Gruppe von Fällen. Dabei handelt es sich um die Frage, wie weit Zeugen bei ihrer Vernehmung schriftliche Aufzeichnungen benutzen dürfen.

Während man auch bei Beantwortung dieser Frage zunächst an dem sehr strengen Standpunkt festhielt, daß nach § 250 StPO. und Art. 317 c. d'instr. crim.[5]) die Zeugen völlig frei aussagen müssen[6]) hat man im Laufe der Zeit einen durch Ausnahmen gemilderten Standpunkt eingenommen. Durch diese Ausnahmen ist jedoch der Mündlichkeitsgrundsatz keineswegs eingeschränkt. Er gilt vielmehr in beiden Ländern noch so, wie er in einer bekannten französischen Entscheidung so deutlich zum Ausdrucke gelangt.[7]) Danach mußte ein Zeuge, der von einem im Hute verborgenen Zettel abgelesen hatte, seine Aussage ohne diesen Zettel wiederholen.[8]) Im Gegensatz hierzu handelt es sich bei den durch die Rechtssprechung geschaffenen Ausnahmefällen nicht etwa um die Verlesung der ausgearbeiteten Aussage durch den Zeugen, sondern um die Benutzung von Aufzeichnungen über Punkte einer Aussage, die erfahrungsgemäß nicht leicht im Gedächtnisse zu behalten sind. Es kommt hierbei besonders der Fall in Betracht, daß ein Zeuge oder Sachverständiger in seiner Aussage bzw. in seinem Gutachten schwierige Rechnungen, chemische Formeln und dergleichen zu verwerten hat.[9]) Ebenso hält man es neuerdings für zulässig, daß ein Zeuge

---

1) Nach Garraud II, 117/18 die ältere Rechtsprechung sowie nach Anm. 11 ebenda Hélie. Siehe aber Hélie S. 555 Nr. 685 hinsichtlich der lecture des dépositions écrites des témoins qui n'ont pu comparaître.

2) Vgl. Garraud II, 117/18.

3) Beachte den Unterschied von déclarations und dépositions.

4) Garraud II, 116/118: si la cour se borne á constater l'inutilité d'un renvoi à une autre session.

5) Les témoins déposeront oralement!

6) Vergl. Poittevin Art. 317, 221; Leloir Art. 319, Nr. 2; Hélie S. 646 Nr. 799; siehe auch Nr. 369 und Garraud II, 415, Anm. 8.

7) Garraud II, 116, Anm. 8; Poittevin Art. 317, Nr. 222.

8) Anders jedoch, wenn der Zeuge an ihn — nicht nur vom Angeklagten — gerichtete Briefe verliest. Das ist zulässig, weil sich eine objektivere Wiedergabe dessen, was der Zeuge empfangen hat, nicht denken läßt. Vergl. hierzu Leloir Art. 319 Nr. 5; Hélie S. 556 Nr. 687 und Poittevin Art. 317 Nr. 227.

9) Poittevin Art. 317 Nr. 223; Leloir 319 Nr. 4; Hélie S. 646, Nr. 799; Garraud II, 415 Anm. 8.

wegen eines Datums oder einer sonstigen einzelnen Aufzeichnung [1]) mal in sein Notizbuch sieht.

Hiergegen dürfte nichts einzuwenden sein; denn selbst wenn dieses Verfahren nicht ganz im Einklange mit den Buchstaben des Gesetzes stehen sollte, so entspricht es doch — wie auch die Motive zum Kommissionsentwurf von 1873 bestätigen [2]) — seinem Sinn. Gerade der Schutz der materiellen Wahrheit, der durch den Mündlichkeitsgrundsatz erstrebt wird, würde vereitelt, wenn der Zeuge, ohne eine Stütze in seinen Aufzeichnungen zu finden, nur unklare Bekundungen über schwierige Rechnungen und dergleichen machen müßte. Ueberdies ist, selbst wenn man sich zur Widerlegung dieser Ansicht an den Wortlaut des Satzes II von § 250 StPO. klammern sollte, in der Benutzung solcher Aufzeichnungen, soweit der Zeuge im übrigen frei aussagt, kein Ersatz des Zeugenbeweises zu sehen. Es kommt vielmehr, da der Zeuge persönlich anwesend ist, keine unzulässige Erweiterung des Urkundenbeweises, sondern nur eine Hilfe für das Gedächtnis des Zeugen in Betracht. Deswegen hat man in Frankreich auch aus derartigen Einzelfällen mit Recht den allgemeinen Satz entnommen, daß in äußersten Fällen beim Nachlassen des Gedächtnisses eines Zeugen [3]) dieser sein Gedächtnis durch Einsichtnahme in seine Aufzeichnungen stützen darf. [4])

IIa/3.

Eine entgegen diesen Grundsätzen vorgenommene Verlesung stellt, soweit nicht ausdrücklich im Gesetz eine Ausnahme zugelassen ist, eine Verletzung des § 250 dar. [5]) Im Gegensatz hierzu vertritt jedoch das RG. in verschiedenen Entscheidungen die Auffassung [6]), daß auch an sich unverlesbare Urkunden verlesen werden können, wenn nur festgestellt werden soll, daß Urkunden dieses Inhalts vorhanden sind. Dieser Standpunkt ist nicht zu billigen; denn zunächst erhält diese Feststellung erst dann einen Sinn, wenn mit ihr gleichzeitig festgestellt werden soll, daß der Zeuge die in der Urkunde wiedergegebenen Wahrnehmungen gemacht hat. Dann aber kann es bei der Frage, ob eine Urkunde verlesen werden darf, überhaupt nicht auf den Zweck der Verlesung ankommen. [7]) Würde man es darauf abstellen, so könnte man den § 250 StPO. illusorisch machen, weil man dann wohl in jedem Falle für die Verlesung einen Grund finden würde, nach dem durch die Verlesung nicht etwa die Vernehmung eines Zeugen ersetzt, sondern irgendein anderer Zweck erreicht werden sollte. Ueberdies bricht das Reichsgericht mit seiner Auffassung jeder Rüge der Verletzung des Mündlichkeitsgrundsatzes die Spitze ab, weil sich der Zweck einer Verlesung kaum kontrollieren läßt, das erste Gericht sich also fast immer dahinter verschanzen kann, die Verlesung habe nur das Vorhandensein einer Urkunde dieses Inhalts feststellen sollen. Das sollte das Reichsgericht in seiner Weitherzigkeit berücksichtigen.

IIb/1aa.

Während bei den durch die Rechtsprechung im Rahmen des § 250 geschaffenen Ausnahmen der Zeuge sein Gedächtnis durch Einsichtnahme in seine Aufzeichnungen stützt, sieht § 253 I StPO. darüber hinaus die Verlesung von Protokollen zu diesem Zwecke vor. Eine Durchbrechung des Mündlichkeitsgrundsatzes ist indessen auch hierin nicht zu erblicken, weil die Verlesung erst nach der Vernehmung der Wahrnehmungsperson erfolgt [8]), ihre Aussage zudem

1) Poittevin Art. 317 Nr. 224/226, und Alsberg S. 230.
2) S. 46: Danach ist es selbstverständlich, daß der Richter Zeugen die Einsicht in Schriftstücke gestatten darf.
3) Entspr.: Sachverständigen.
4) Poittevin Art. 317, Nr. 228. Ebenso Kohlrausch Anm. 2 zu § 250.
5) Vergl. JW. 1932, 1751 Nr. 39.
6) Vergl. RGSt. 61,9 und 72; ferner JW. 1928, 27, 22; ebenso unzutreffend deswegen RGSt. 60, 170; und 59, 100; weiter JW. 1926, 2169,5 und JW. 1927, 2708 Nr. 31 und JW. 1929, 1648 Nr. 56 bezeichnend, daß in Frankreich derartige Entscheidungen fehlen.
7) Anders Alsberg S. 213.
8) Ebenso Hegler II, 269, der allerdings statt von dem Mündlichkeitsgrundsatz in demselben Sinne vom Unmittelbarkeitsgrundsatz spricht. Daher unzutreffend Mayer S. 196.

nicht durch die Verlesung ersetzt [1]), sondern ähnlich wie beim Vorhalte hervorgerufen werden soll. Deshalb ist offensichtlich auch im § 253 StPO. kein Unterschied zwischen richterlichem und polizeilichem Protokoll gemacht worden.

Voraussetzung für die in § 253 I vorgesehene Unterstützung des Gedächtnisses ist nur, daß der Zeuge bereits einmal zu irgendeinem amtlichen Protokoll ausgesagt hat und daß er erklärt, er könne sich der in sein Wissen gestellten Tatsache nicht mehr entsinnen. Eine Glaubhaftmachung dieser Erklärung ist nach ständiger Rechtsprechung nicht nötig. [2]) Es genügt vielmehr die einfache Erklärung des Zeugen, auch wenn sich nachträglich herausstellen sollte, daß sie der Wahrheit nicht entspricht. [3]) Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen kann das Protokoll verlesen werden, soweit es zur Unterstützung des Gedächtnisses des Zeugen geeignet ist. [4]) Die Benutzung des Protokolles als Beweismittel ist indessen nicht davon abhängig, daß der Zeuge sich nach der Verlesung der vergessenen Tatsache erinnert. Das Protokoll ist vielmehr auch dann verwertbar, wenn die Verlesung ihren eigentlichen Zweck, die Stärkung des Gedächtnisses von Zeugen und Sachverständigen, nicht erreicht hat, weil dann ein Zeugenbeweis über die in das Wissen der Aussageperson gestellte Tatsache eben nicht mehr möglich ist, von einem Ersatze des Zeugenbeweises durch den Urkundenbeweis deshalb nicht die Rede sein kann. [5])

Etwas anderes muß freilich dann gelten, wenn der Zeuge sich nicht nur an die angeblich von ihm herrührende Aussage nicht erinnern kann, sondern darüber hinaus erklärt, das Protokoll könne auf keinen Fall die damals von ihm gemachte Aussage richtig enthalten. In diesem Falle muß der Verfasser des Protokolles als Zeuge vernommen werden, weil sonst eine Verletzung des Mündlichkeitsgrundsatzes vorläge, auf die eine Revision gestützt werden könnte.

IIb/1bb.

Entsprechend der bei uns im Rahmen des § 253 I entwickelten Rechtsprechung ist auch in Frankreich die Verlesung von Protokollen zur Unterstützung des Gedächtnisses der Zeugen zulässig. Garraud [6]) geht sogar noch etwas weiter und hält die Verlesung zur Ergänzung der Zeugenaussage schlechthin für zulässig [7]) (pour suppléer à ce qui aurait été omis). Von Bedeutung ist dieser Unterschied indessen nicht; denn sowohl aus dem Begriffe des Ergänzens als dem der Unterstützung des Gedächtnisses ergibt sich, daß die Zeugenaussagen erst nach der Vernehmung der Zeugen in der Hauptverhandlung verlesen werden dürfen. [8]) Verstöße hiergegen führen ohne weiteres zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. [9]) An dieser Rechtsprechung hält der Kassationshof nach der Begründung verschiedener Entscheidungen [10]) nicht nur aus dogmatischen Erwägungen, sondern auch deshalb fest, weil trotz nachträglicher Vernehmung der Zeugen die Gefahr besteht, daß die Geschworenen durch den ersten Eindruck der verlesenen Urkunde so stark beeinflußt sind, daß die nachträglich erfolgte mündliche Zeugenaussage demgegenüber an Bedeutung verliert, wegen dieses Eindrucks vielleicht sogar unbeachtet bleibt.

Umgekehrt ist ein Zeuge, der nach der zulässigen Verlesung seiner früheren Aussage erscheint, noch zu vernehmen [11]), weil hier, obwohl die Ver-

1) Ein Ersatz der Vernehmung des Protokollanten dürfte deshalb nicht in Betracht kommen, weil die eigentliche Wahrnehmungsperson ja anwesend ist.
2) Vgl. RGSt. 59, 248; GA. 75, 213; ZStW. 47, HRR. 1926 S. 2; HRR. 1927, 182 und JW. 1925, 2784 Nr. 8.
3) Für eine Einschränkung: Scanzony i. d. Anm. zu JW. 1925, 2784 Nr. 8.
4) Für uneingeschränkte Verlesung dagegen Mamroth in JW. 1924, 1766 Anm. zu 12.
5) Im Ergebnis ebenso Alsberg S. 248, der es allerdings lediglich auf den Zweck der Verlesung nach § 253 I abstellt und darin zugleich die einzige Voraussetzung der Verlesung erblickt. Vgl. auch RGSt. 59, 145, wonach für § 253 II Entsprechendes gilt.
6) II, 121, unter 3.
7) Aehnlich Leloir Art. 319 Nr. 37, der nach der Vernehmung eine Verlesung stets für zulässig hält.
8) Poittevin Art. 316 Nr. 25 und 28 und Leloir Art. 319 Nr. 24—26.
9) Poittevin Art. 319 Nr. 219.
10) Vgl. Garraud II, 120/21, bes. Anm. 13.
11) Vgl. Leloir Art. 319 Nr. 32/3.

lesung nicht ungeschehen gemacht werden kann, immer noch die Möglichkeit besteht, daß der Zeuge etwas Neues gegenüber dem Protokolle sagt oder durch sein persönliches Auftreten das Gericht einen andern Eindruck gewinnen kann als nur aus dem verlesenen Protokolle.

IIb/2aa.

Ueber die Ergänzung von Zeugenaussagen nach Abs. 1 des § 253 hinaus kann ein Protokoll über eine frühere Vernehmung nach Abs. 2 auch dann verlesen werden, wenn ein in der Vernehmung hervortretender Widerspruch mit der früheren Aussage nicht auf andere Weise ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung festgestellt oder gehoben werden kann.

Auch diese Bestimmung scheint auf den ersten Blick eine Durchbrechung des Mündlichkeitsgrundsatzes zu sein, ist es aber nicht.[1]) Im Gegenteil steht auch sie durchaus im Einklange mit § 250, einmal, weil die Verlesung erst dann erfolgt, wenn der Zeuge bereits in einem bestimmten Sinne zur Sache ausgesagt hat, dann aber, weil der unter Eid vernommene Zeuge die Möglichkeit und sogar die Pflicht hat, sich zu diesen Widersprüchen zu äußern. Anders läge der Fall nur, wenn die Verlesung zu dem Zwecke erfolgen würde, die mündliche Aussage in der Hauptverhandlung durch die alte zu ersetzen. Dies ist jedoch nicht der Zweck einer Verlesung nach § 253 II StPO. Die Verlesung soll vielmehr gerade die gegenwärtige Aussage durch Feststellung oder Behebung von Widersprüchen verwertbar machen. Urteilsgrundlage ist demnach auch in den Fällen des § 253 II in erster Linie die Aussage des in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, besonders auch seine Erklärungen zu den Widersprüchen sowie der gesamte Eindruck, den er in der Hauptverhandlung macht.

Unzutreffend dürfte daher die Ansicht sein, daß bei einem Widerspruche zwischen einer Zeugenaussage und dem übrigen Beweisergebnis, besonders der Aussage eines anderen im Vorverfahren vernommenen Zeugen „Protokolle aus den Vorverfahren schlechthin" verlesen werden können. Dagegen spricht eigentlich schon der klare Wortlaut des § 253, der in Ab. 1, auf den Abs. II Bezug nimmt, von den Protokollen über „seine" frühere Vernehmung spricht. Außerdem würde aber die gegenteilige Ansicht — wie das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 61 S. 9 zutreffend hervorhebt — auf eine Erweiterung des Urkundenbeweises über § 250 hinauslaufen und deshalb auch dem Sinne des § 253, der mit § 250 im Einklang steht, widersprechen. Trotzdem hat jedoch gerade das Reichsgericht in derselben Entscheidung eine Grundlage für die gegenteilige Ansicht geschaffen, indem es dort entschieden hat:

> „Wenn sich in der Hauptverhandlung ein Zeuge mit den Angaben eines nicht anwesenden Zeugen zu polizeilichem Protokoll in Widerspruch setzt, so kann dieses Protokoll ihm vorgehalten und zur Beseitigung oder Aufklärung des Widerspruches auch verlesen werden."

Besonders auffällig ist an dieser Entscheidung, daß das Reichsgericht zur Begründung der Zulässigkeit der Urkundenverlesung beinahe wörtlich die Ausdrucksweise des § 253 II übernimmt, im übrigen aber zunächst nur hervorhebt, daß es sich nicht um einen Fall des Urkundenbeweises handele. Schon dieser Umstand gibt zu Bedenken Anlaß. Es kommt jedoch noch hinzu, daß das Reichsgericht die negative Begründung, es handele sich um keinen Fall des Urkundenbeweises, sondern nur um einen Vorhalt, anscheinend doch nicht für ganz durchschlagend hält und infolgedessen als zweite Begründung für die Zulässigkeit der Verlesung anführt, es handele sich um den zulässigen Fall der Verlesung einer Urkunde zu der Feststellung, daß eine Urkunde dieses Inhaltes überhaupt vorhanden sei. Dadurch wird indessen die Begründung seiner Entscheidung nicht besser. Im Gegenteil macht es dadurch die Entscheidung nur widerspruchsvoller. War schon die Begründung, daß ein Protokoll zum Vorhalt verlesen werden kann und daß dieser Vorhalt über den eigentlichen Sinn des

1) Anders RGSt. 59, 145.

Vorhalts [1]) hinaus zur Beseitigung von Widersprüchen zulässig sein soll, höchst angreifbar, so wird die Entscheidung durch den neuen Grund, es solle festgestellt werden, daß eine Urkunde dieses Inhalts vorhanden sei, geradezu unverständlich; denn eine Verlesung zum Vorhalt und zum Beweise zugleich ist doch bei der Gegensätzlichkeit dieser Institute kaum denkbar. Infolgedessen ist die Entscheidung des Reichsgerichts als Richtschnur für die Auslegung der §§ 253 II, 250 StPO. unverwertbar.

Schließlich darf nach § 253 II ebensowenig wie in den Fällen des Abs. 1 die Vernehmung des Protokollanten durch die Verlesung des von ihm aufgenommenen Protokolls ersetzt werden, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung erklärt, er habe seine frühere Aussage unter Zwang gemacht.

IIb/2bb.

Im Anklang an § 253 II bestimmt Art. 318 code d'instr. crim., daß nur die Abweichungen und Widersprüche in den dépositions écrites derselben [2]) Zeugen im Protokoll festgestellt werden können. Demzufolge läßt Rechtsprechung und Lehre die Verlesung der früheren Protokolle zu. Strenger jedoch als bei uns sind nur Protokolle aus dem Vorverfahren verlesbar [3]), nicht dagegen, wie bei uns, frühere Protokolle aus dem gesamten Verfahren. Im übrigen besteht aber kein Unterschied. Insbesondere ist auch in Frankreich, obwohl Art. 318 eigentlich nur die Feststellung der Widersprüche behandelt, die Verlesung zu dem Zwecke zulässig [4]), die Widersprüche zu beseitigen (pour contrôller et confronter ses déclarations).

IIc/1aa.

Während in all diesen Fällen von einer Durchbrechung des Mündlichkeitsgrundsatzes nicht die Rede sein kann, enthalten die §§ 254, 251, 256 StPO. eine Erweiterung des Urkundenbeweises über § 250 hinaus. [5])

Rein äußerlich kommt das bei § 254 allerdings wenig zum Ausdruck. Vielmehr scheinen § 253 und § 254 durchaus ähnlich gelagerte Tatbestände zu behandeln. In Wirklichkeit bestehen indessen zwischen beiden Bestimmungen folgende grundlegende Unterschiede:

Während in § 253 die Wahrnehmungen einer unter Aussagezwang stehenden Person Beweisthema ist [6]), besteht es nach § 254 in dem Geständnis und sonstigen Angaben des Angeklagten. [7]) Weiter werden in den Fällen des § 253 die Urkunden neben und nach der Vernehmung des einzelnen Zeugen verlesen, wohingegen in den Fällen des § 254 ein Zeuge überhaupt nicht auftritt, obwohl in dem Verfasser des früheren Protokolls eine Person vorhanden ist, die über das vor ihr abgelegte Geständnis als Zeuge vernommen werden könnte.

Schon diese Unterschiede — die selten berücksichtigt werden [8]) — weisen darauf hin, daß im Gegensatze zu § 253 nur § 254 eine Durchbrechung des Mündlichkeitsgrundsatzes darstellt. [9]) Dieses Ergebnis wird zudem durch die verschiedene Behandlung der polizeilichen Protokolle in beiden Bestimmungen

1) Der lediglich darin besteht, e i n e Erklärung, nicht aber eine „andere" Erklärung hervorzurufen, deshalb auch keineswegs eine Erklärung des Zeugen oder Angeklagten, die mit einer früheren Erklärung im Widerspruch steht, voraussetzt.

2) Vgl. Hélie S. 652 Nr. 809: puisque ceux-là seuls peuvent se mettre en contradiction avec leurs précédentes déclarations; vgl. auch Nr. 798 ff. Ebenso Poittevin Art. 318 Nr. 4,6.

3) Lefoir Art. 318 Nr. 10: Les déclarations faites avant l'ouverture des débats.

4) Garraud II, 121 unter 3.

5) Infolgedessen ist der Ausschluß nichtrichterlicher Protokolle in § 254 und § 251 keine negative Beweisregel über § 250 hinaus. Vgl. auch Beling, Beweisverbote S. 3, der wohl zu einem andern Ergebnis kommt.

6) Aehnlich Hegler I, 416.

7) Ueber den Fall des außergerichtlichen Geständnisses in Urkunden vgl. die Ausführungen S. 95. Ebenso Planck, Syst. Darst. S. 379, der zutreffend die Verlesung von außergerichtlichen schriftlichen Geständnissen deshalb für zulässig hält, weil kein Zeuge vorhanden ist, der ersetzt werden könnte, und der Angeklagte sich ja gegen sich selbst verteidigen kann.

8) Z. B. nicht Mot. zu E. Komm. 73 S. 127.

9) Daher unzutreffend Dreyer S. 45.

bestätigt. Auch sie zwingt zu dem Schlusse, daß der Gesetzgeber in § 254 die Verlesung der erfahrungsgemäß immer wegen Mangel an Objektivität angegriffenen polizeilichen Protokolle [1]) deshalb verboten hat, weil die Verlesung nach § 254 stets einen Ersatz des Zeugenbeweises darstellt, und zwar des Zeugnisses des Beamten, vor dem der Angeklagte sein Geständnis abgegeben hat. [2])

IIc/1bb.

Es wäre wohl überflüssig, zu der durchaus klaren Vorschrift des § 254 StPO. Beispiele anzuführen, wenn nicht auch hier wieder das Reichsgericht Entscheidungen gefällt hätte, die mit dem Sinne dieser Bestimmung schlecht vereinbar sind.

So hat es beispielsweise in der Entscheidung Bd. 61 S. 72 die Auffassung vertreten, daß auch die Verlesung eines polizeilichen Protokolls zur Erzielung eines Geständnisses zulässig sei. [3]) Damit begeht das Reichsgericht denselben Fehler, den es in der bereits besprochenen Entscheidung Bd. 61 S. 9 macht. Mit Recht kann man dieser Entscheidung die Worte des Verteidigers, die das Reichsgericht selbst anführt, entgegenhalten: „Eine an sich verbotene Verlesung wird nicht dadurch erlaubt, daß man sie Vorhalt nennt". [4]) Selbst wenn man jedoch diese Ansicht nicht teilen sollte, so wird man nicht übersehen können, daß die Entscheidung des Reichsgerichtes geeignet ist, Urkundenbeweis und Urkundenvorhalt zu vermengen und damit dem Vorhalte seine Daseinsberechtigung zu nehmen.

Noch unzutreffender als die hier bekämpfte Ansicht ist die Auffassung, daß die Verlesung eines polizeilichen Protokolls nach § 254 genüge, wenn der Angeklagte erklärt, entweder derartige Erklärungen überhaupt nicht abgegeben zu haben oder von der Polizei zu seinem Geständnisse gezwungen zu sein. [5]) Mit Recht hebt deshalb Mannheim [6]) hervor, daß in solchen Fällen die Vernehmung des Polizeibeamten zu erfolgen habe.

IIc/1cc.

Demgegenüber können im französischen Recht nach Rechtsprechung und Lehre alle Protokolle über die Einlassung des Angeklagten — gleich ob richterliche oder polizeiliche — ohne Rücksicht auf den Inhalt verlesen werden. [7])

IIc/2aa.

§ 251 StPO. enthält ebensowenig wie § 254 eine Einschränkung des Urkundenbeweises über § 250 hinaus, obwohl nach beiden Bestimmungen polizeiliche Protokolle nicht verlesen werden dürfen. Im Gegenteil stellt auch § 251 eine Erweiterung des § 250 dar, weil nach § 251 die Vernehmung des Richters durch Verlesung des Protokolls ersetzt werden kann.

Innerhalb des § 251 sind zwei Gruppen von Fällen zu unterscheiden:

1. die Fälle, in denen eine nochmalige Vernehmung der früher vernommenen Auskunftsperson unmöglich ist (Abs. 1) und
2. die Fälle, in denen eine nochmalige Vernehmung zwar möglich wäre, die Protokolle aber von Anfang an zu dem Zwecke geschaffen sind, als Ersatz des Zeugenbeweises in der Hauptverhandlung verlesen zu werden. (Komm. Vernehmung nach Abs. 2.)

Abs. 1 behandelt die Fälle, daß ein Zeuge oder Sachverständiger oder Mitbeschuldigter verstorben oder in Geisteskrankheit verfallen oder sein Aufent-

1) Ebenso Alsberg in JW. 1925, 1434, der von der präsumtiven Ueberlegenheit richterlicher Protokolle spricht.
2) Vgl. GA. 46, 193!
3) Aehnlich JW. 1930, 936 Nr. 48. Dagegen GA. 44, 157.
4) In RGSt. 61, 73.
5) RGSt. 64, 80.
6) JW. 1928 Anm. 22 S. 2722. Hiergegen wohl nur scheinbar RGSt. 61, 74.
7) Hélie S. 556 Nr. 686.

halt nicht zu ermitteln ist. Diese Fälle kommen jedoch praktisch selten vor. § 251 I hat deshalb auch noch nicht zu Streitfragen von weittragender Bedeutung Anlaß gegeben.

IIc/2bb.

Demgegenüber kommt die Bestimmung des Abs. II wohl in jedem zweiten Strafverfahren zur Anwendung. Der § 251 II enthält indessen nicht selbst die wesentlichsten Voraussetzungen für die kommissarische Vernehmung. Er verweist vielmehr auf § 223 StPO. Danach sind für eine kommissarische Vernehmung folgende Voraussetzungen aufgestellt: Es müssen dem Erscheinen der Zeugen entweder eine längere Krankheit oder Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen, oder ihr Erscheinen muß wegen großer Entfernung besonders erschwert sein. Auch bei der Auslegung dieser zweifellos dehnbaren Begriffe macht sich wieder die Neigung des Reichsgerichts bemerkbar, den Urkundenbeweis [1]) soweit wie möglich zuzulassen [2]). Mit Recht stellt demgegenüber eine Entscheidung des OLG. Dresden [3]) einschränkend fest, daß z. B. nicht ohne weiteres schwere Abkömmlichkeit vom Geschäft ein „nicht zu beseitigendes Hindernis" sei. Zugunsten der Gerichte, die bei der Auslegung des § 223 zu weit gehen, ist allerdings nicht zu verkennen, daß § 223 bei seiner weiten Fassung leicht dazu verführt, überall dort, wo der Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung Schwierigkeiten entgegenstehen, zur kommissarischen Vernehmung zu greifen, ohne zu prüfen [4]), ob die Schwierigkeiten nicht zu beseitigen sind. Gerade deswegen darf man aber nicht vergessen, daß § 223 in Verbindung mit § 251 II StPO. eine Ausnahmevorschrift darstellt, daß infolgedessen eine kommissarische Vernehmung nur dann zulässig sein kann, wenn die Hindernisse tatsächlich überhaupt nicht oder nur mit unverhältnismäßig großer Mühe und Mitteln zu beseitigen sind. Für eine einschränkende Auslegung spricht außer diesem Gesichtspunkt schließlich auch der Umstand, daß die in § 223 erwähnten Fälle einer längeren Krankheit oder Gebrechlichkeit eines Zeugen nicht etwa Sonderfälle neben dem Fall des nicht zu beseitigenden Hindernisses, sondern, wie sich aus der Fassung „oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse" ergibt, Beispiele hierfür darstellen sollen. Auch diese Beispiele müssen zur Vorsicht bei der Annahme eines nicht zu beseitigenden Hindernisses führen!

In allen diesen Fällen dürfen die Protokolle nur dann benutzt werden, wenn der Zeuge, soweit er in der Hauptverhandlung hätte vereidigt werden müssen, auch bei der kommissarischen Vernehmung unter Eid ausgesagt hat. Das muß nach § 251 III im Protokoll der Hauptverhandlung festgestellt werden.

Darüber hinaus ist Voraussetzung der Verlesung eines nach § 223 aufgenommenen Protokolls, daß der Grund zur kommissarischen Vernehmung in der Hauptverhandlung noch fortbesteht. [5]) Ferner dürfen, ebenso wie in allen anderen Fällen, in denen die Verlesung von Protokollen zulässig ist, nur solche Protokolle verlesen werden, die nicht an wesentlichen Mängeln (vgl. § 188 StPO.) leiden. [6]) Ein Verstoß hiergegen kann auch durch Einwilligung sämtlicher Beteiligten nicht geheilt werden, weil es sich bei den Beweisvorschriften um zwingende Normen handelt. Hierzu gehört freilich § 193, auf den § 251 II verweist, nicht, weil danach die Beteiligten, ohne daß ihre Anwesenheit vorgeschrieben ist, nur ein Recht auf Anwesenheit haben. Infolgedessen hat die Verlesung nur dann zu unterbleiben [7]), wenn die Berechtigten vom Termin

1) Vielleicht unbewußt.
2) Vgl. JW. 1929, 1045 und RGSt. 62, 318; dagegen Alsberg S. 232.
3) JW. 1929, 1694.
4) Richtig rügt dies das Reichsgericht in GA. 70, 107.
5) Wechsel des Grundes selbst nach GA. 70, 107 bedeutungslos.
6) Vgl. Schwarz 1 A c zu § 249 und Alsberg S. 205/235. Bedenklich JW. 1932, 248 Nr. 8; für Frankr. vgl. Leloir Art. 154 Nr. 50.
7) Vgl. Schwarz Anm. 2 zu § 193.

nicht benachrichtigt worden sind und auch nicht vorher [1]) oder nachträglich [2]) auf die Terminsnachricht verzichtet haben.

Schließlich ist nach § 251 III zwingend vorgeschrieben [3]), daß die Verlesung nur auf Gerichtsbeschluß erfolgen darf, der mit Gründen protokolliert und verkündet werden muß.

IIc/2cc.

Von diesen bei uns im Rahmen des § 251 entwickelten Rechtsgrundsätzen weicht die französische Rechtsprechung und Lehre nur in wenigen Punkten ab. In Uebereinstimmung mit § 251 I können auch in Frankreich die „dépositions écrites" verstorbener und nicht erreichbarer Zeugen verlesen werden. [4]) Ebenso ist ein Protokoll mit den Angaben eines verstorbenen „Komplicen" verlesbar. [5]) Ferner können im Einklang mit § 251 Abs. 2 Protokolle mit den Aussagen von Kranken, die zur Zeit der Hauptverhandlung nicht vernehmungsfähig sind, verlesen werden. [6])

Auch in Frankreich ist jedoch die Verlesung erst dann zulässig, wenn zunächst [7]) festgestellt ist, daß der Zeuge nicht vernommen oder geladen werden kann. [8])

Anders als im deutschen Recht, in dem unter „nicht zu beseitigendem Hindernis" in § 223 eigentlich gleich von Anfang an auch die relative oder temporäre Unmöglichkeit des Zeugen zu erscheinen, mit einbegriffen worden ist, hat man sich in Frankreich erst allmählich auf diesen Standpunkt gestellt. [9]) Im übrigen stellt aber Hélie fast im Einklang mit § 223 II fest, daß auswärtige Zeugen auf Grund des Art. 303 code d'instr. crim. durch den juge d'instruction vernommen werden. [10])

Ferner hat Frankreich auch im Art. 510 code d'instruction criminelle eine Bestimmung, die unseren §§ 49/50 StPO. entspricht. Danach können die dépositions écrites hoher Regierungsbeamter, z. B. der „ministres, préfets, conseilles d'Etat chargés d'une administration publique, ambassadeurs etc." verlesen werden. [11])

Ebenso wie bei uns ist schließlich auch in Frankreich eine Auflockerung des „principe du débat oral" deutlich bemerkbar. Gegen diese allmähliche und versteckte Zerrüttung des Mündlichkeitsgrundsatzes wendet sich besonders Hélie zutreffend mit den Worten: „Ce n'est qu'avec une extrême réserve qu'il doit fait usage des dépositions écrites". [12])

IIc/3aa.

Als dritte Ausnahme vom Mündlichkeitsgrundsatze, die in Deutschland vor allen Gerichten gilt, kommt schließlich der Fall des § 256 StPO. in Betracht. Danach können schriftliche Erklärungen öffentlicher Behörden [13]), die ein Zeugnis oder Gutachten enthalten, mit Ausschluß von Leumundszeugnissen [14]), sowie ärztliche Atteste über Körperverletzungen, die nicht zu den schweren gehören, verlesen werden.

---

1) JW. 1928, 2142 Nr. 30.
2) RGSt. 1, 256.
3) Vgl. Schwarz 4 B zu § 251.
4) Hélie S. 555 Nr. 685; Garraud II, 117 Anm. 10 b.
5) Leloir Art. 319 Nr. 12.
6) Leloir Art. 319 Nr. 18.
7) Nicht umgekehrt; nach Verlesung feststellbar, daß Zeuge ohne Bedeutung: Poittevin Art. 317 Nr. 220!
8) Poittevin Art. 317 Nr. 218; vgl. auch Leloir Art. 319 Nr. 13.
9) Vgl. Garraud II, 117/18 und Poittevin Art. 319 Nr. 4.
10) S. 634 ff. Nr. 784.
11) Vgl. Poittevin Art. 317 Nr. 241, Leloir Art. 510 Nr. 1 und Garraud II, 123 Nr. 420, 1.
12) Hélie S. 555 Nr. 685.
13) Ueber den Begriff vgl. RGSt. 57, 324; 63, 125 und JW. 1928, 1307.
14) Ueber den Begriff vgl. RGSt. 53, 280 und 59, 375.

IIc/3bb.

Wichtiger als der positive Teil dieser Bestimmungen ist wohl der negative Teil, nach dem die Verlesung von Leumundszeugnissen — erst recht natürlich der Bericht [1]) — ausgeschlossen ist. Für sie gilt wieder der Grundsatz des § 250 StPO. Infolgedessen sind z. B. die in den letzten Jahren so bedeutsamen Mitteilungen der sozialen Gerichtshilfe nur insofern verlesbar, als sie die Wahrnehmung von Tatsachen enthalten, nicht dagegen, soweit sie eine Würdigung des Angeklagten enthalten. [2]) Hiergegen wird in der Praxis in einer geradezu unglaublichen Weise verstoßen. [3]) Eine Entschuldigung dafür gibt es nicht. Auch der mitunter angegebene Grund, die Wertung einer Persönlichkeit und die Angabe von Tatsachen ließen sich oft nicht voneinander trennen, macht die Verlesung nicht zulässig. Im Gegenteil ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber ausdrücklich die Verlesung von Leumundszeugnissen verbietet, wohl eindeutig genug auch die Unzulässigkeit der Verlesung eines Tatsachenberichts, soweit er sich von dem Leumundszeugnisse nicht trennen läßt. Die gegenteilige Ansicht dürfte zudem bei der Gefährlichkeit der Leumundszeugnisse zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Man darf doch hierbei nicht unberücksichtigt lassen, daß in einem Leumundszeugnisse schon zu einem gewissen Grade die Uebernahme einer richterlichen Tätigkeit durch eine nicht zum Gerichte gehörende Person zu erblicken ist. [4]) Die hierin liegende Gefahrenquelle für die Erforschung der Wahrheit würde erheblich erweitert, wenn jetzt das Gericht nicht einmal die Person, die über einen anderen Gutes oder Schlechtes aussagt, selbst einer Wertung in der Hauptverhandlung unterziehen könnte. Das ist denn auch der eigentliche Grund für das Verbot der Verlesung von Leumundszeugnissen.

Daher dürfen z. B. auch frühere Urteile, die sonst zum Beweise des Ergebnisses des früheren Verfahrens an sich nach § 250 StPO. [5]) verlesen werden können, dann nicht verlesen werden, wenn durch die Verlesung die Ladung einzelner Leumundszeugen überflüssig gemacht werden soll [6]).

Als weiteres besonders bezeichnendes Beispiel für die Auslegung des § 256 StPO. kommt schließlich wohl nur noch eine Entscheidung des Reichsgerichts zur Verlesbarkeit ärztlicher Atteste in Betracht. [7]) Nach dieser durchaus zutreffenden Entscheidung darf ein Attest selbst bei Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen nur soweit verlesen werden, als es die eigenen Wahrnehmungen des Arztes, d. h. den Befundbericht, und das Gutachten, nicht dagegen, soweit es die Wiedergabe von Mitteilungen des Verletzten über die Vorgänge bei der Verletzung enthält.

IIc/3cc.

Weit enger als die Durchbrechung des Mündlichkeitsgrundsatzes nach § 256 StPO. ist ein in der französischen Rechtsprechung entwickelter Grundsatz, der im Zusammenhang mit § 256 erwähnt werden muß. Danach kann ein „rapport de police" auch vor der Vernehmung des Beamten, der ihn verfaßt hat, verlesen werden. [8]) Eine Verlesung ärztlicher Atteste ist dagegen vor Vernehmung der Aerzte überhaupt nicht zulässig. [9])

---

1) So JW. 1925, 2790 und RGSt. 59, 374. Dagegen anscheinend Rasch, GA. 70, 326.
2) JW. 1930, 3485.
3) Vgl. Meyer, GA. 74, 349.
4 Vgl. Goldschmidt, Prozeß als Rechtsl. S. 434 Anm. 2288 und S. 438 Anm. 2297, der dort noch weitergehend auf die Gefährlichkeit der bloßen Tatsachenübermittlung hinweist.
5) Unzutreffend die Bezugnahme des RG. Bd. 60 S. 297 auf § 249, weil diese Vorschrift nur die Form des Urkundenbeweises regelt, wegen der Zulässigkeit vgl. auch GA. 38, 42.
6) Vgl. Recht 7, 163. Nur scheinbar dagegen GA. 48, 365.
7) Recht 7, 216.
8) Leloir Art. 319 Nr. 30/31. Vgl. zur Verlesbarkeit v. Gutachten öff. Behörden: Höchster S. 402 A c, 2.
9) Wohl aber nach Poittevin Nr. 26 app. zu Art. 316: Die Wiedergabe des Inhalts eines ärztl. Rapports.

IId/1aa.

Gegenüber den vorausgehenden Fällen enthält § 252 StPO. eine über § 250 hinausgehende Einschränkung des Urkundenbeweises. Danach darf die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Rechte, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, nicht verlesen werden. Diese Einschränkung ist in der Fassung zwar nur auf den Urkundenbeweis zugeschnitten; trotzdem handelt es sich hier aber nicht um ein nur dem Urkundenbeweis eigentümliches Verbot, etwa um eine negative Beweisregel, sondern um ein absolutes Beweisverbot [1]), oder, nach einer anderen Ansicht [2]): ein Beweishindernis, durch das dem Gerichte die Benutzung der Aussage des Zeugen, gleich in welcher Form [3]), verwehrt ist. Das verkennt das Reichsgericht, das jetzt die Aussage des Zeugen, der nachträglich von seinem Zeugnisverweigerungsrechte Gebrauch macht, doch durch Vernehmung des Protokollanten in das Verfahren einführen läßt. [4]) Diese Auslegung läuft offensichtlich auf eine Umgehung des § 252 hinaus. [5]) Das zeigen die zahlreichen Angriffe gegen den Standpunkt des Reichsgerichts. So hat z. B. das OLG. Dresden [6]) zutreffend im Einklange mit einer früheren Entscheidung des II. Senats des Reichsgerichts vom 2. 5. 84 neuerdings gegen das Reichsgericht dahin entschieden, daß nach § 252 die Vernehmung des Richters, Polizisten oder sonstigen Protokollanten unzulässig ist. [7]) Mit Recht legt es dieser Entscheidung die Erwägung zugrunde, daß der Zeuge, der mit der Möglichkeit rechnen müsse, daß ein anderer über seine frühere Aussage vernommen werde, nicht von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen und so doch wieder in einen Konflikt geraten werde.

Weiter als in dieser Entscheidung des OLG. Dresden festgestellt ist, reicht jedoch das Beweisverbot des § 252 nicht. Insbesondere ist nicht etwa jedes Beweismaterial unverwertbar, das irgendwie mit dem sein Zeugnis verweigernden Zeugen im Zusammenhang steht. Im Gegenteil ist es durchaus zulässig, daß andere Zeugen über Aeußerungen vernommen werden, die der sein Zeugnis verweigernde Zeuge gelegentlich einmal außerhalb seiner früheren Vernehmung gemacht hat. [8]) Dies gilt fernerhin nicht nur für mündliche Aeußerungen, sondern auch für schriftliche Mitteilungen, soweit ihrer Verlesung nicht § 250 oder ein von § 252 verschiedenes Beweisverbot entgegensteht. [9])

IId/1bb.

Als Beweisverbot kommt neben § 252 vor allem § 97 in Betracht. Hiernach unterliegen schriftliche Mitteilungen zwischen den Beschuldigten und Zeugnisverweigerungsberechtigten — vgl. §§ 52, 53 — nicht der Beschlagnahme, falls sie sich in den Händen dieser Personen befinden [10]) und diese nicht einer Teilnahme, Begünstigung oder Hehlerei verdächtig sind. Schriftstücke, die entgegen diesem Verbote beschlagnahmt sind, dürfen in der Hauptverhandlung unter keinen Umständen verlesen oder in einer anderen Weise verwertet werden, weil mit einer Verletzung des § 97 eine Revision begründet werden könnte. [11]) Ausnahmsweise können jedoch auch schriftliche Mitteilungen des Beschuldigten an seinen Verteidiger beschlagnahmt und später verlesen werden [12]),

---

1) Beling, Beweisverbote S. 24, dem Sinne nach ebenso Alsberg S. 255.
2) Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage S. 450 Anm. 2381.
3) Auch durch Vorhalt vgl. RGSt. 35, 164 und Schwarz 1 B zu § 252.
4) JW. 1927, 2709; LZ. 1928, 346; GA. 70, 42; ebenso Schwarz 1 B zu § 252 und Doerr in der Anm. 23 zu JW. 1932, 418.
5) Ebenso Löwe-Rosenberg, Anm. 3 zu § 252; Dohna S. 176, 101 und Alsberg S. 74, sowie das dort angef. Schrifttum. Schließlich Gerland S. 203 Anm. 113 und Kleinfeller S. 17.
6) JW. 1929, 1694.
7) Ebenso Dohna in der Anm. zu JW. 1927, 2709.
8) Vgl. Alsberg S. 77.
9) Vgl. RGSt. 22, 51 und 35, 247 sowie Kohlrausch Anm. 3 zu § 252 und Löwe-Rosenberg Anm. 6 zu § 252.
10) Nicht des Beschuldigten: vgl. Schwarz § 97, 1 A.
11) RGSt. 20, 91 und 47, 196.
12) Ebenso Entnahme von Abschriften vgl. Schwarz 2 A b zu § 148.

wenn dieser nach § 148 II StPO. dem Richter die Einsicht gestattet hat, weil in diesem Falle ein Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht angenommen werden muß.

Dagegen dürfen schriftliche Aufzeichnungen der Zeugnisverweigerungsberechtigten über mündliche Mitteilungen des Beschuldigten nicht beschlagnahmt und verlesen werden.[1]) Das Kammergericht nimmt allerdings einen anderen Standpunkt ein[2]), indem es die Beschlagnahme von Handakten eines Verteidigers, soweit sie nicht schriftliche Mitteilungen des Beschuldigten an den Verteidiger enthalten, für zulässig hält. Gegen diese Ansicht spricht indessen, daß sie auf eine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts hinausläuft. Die Entscheidung des Kammergerichts muß man außerdem auch deshalb ablehnen, weil sie praktisch den Verteidiger dazu zwingt, schriftliche Aufzeichnungen von Mitteilungen des Beschuldigten, die diesem schaden könnten, zu unterlassen, und damit die Vorbereitung der Verteidigung beeinträchtigt.

Die Beschlagnahme ist dagegen in diesem Falle ebenso wie nach § 97 dann zulässig, wenn die Person, die zur Verweigerung ihres Zeugnisses berechtigt ist, einer der in § 97 aufgezählten Straftaten verdächtig ist. Ein Beweisverbot besteht schließlich nicht hinsichtlich der an den Beschuldigten gerichteten Postsendungen, sowie derjenigen, die vermutlich von ihm herrühren. Sie dürfen vielmehr nach § 99 StPO. bei der Post beschlagnahmt und dementsprechend verwertet werden.

IId/2.

Während in Frankreich eine Rechtsprechung, die unserem § 252 entspricht, fast fehlt[3]), gibt es zu der Frage der Beschlagnahme und Verlesung der beschlagnahmten Schriftstücke ein ziemlich umfangreiches Schrifttum. Daraus ergibt sich, daß man in Frankreich die Beschlagnahme von Briefen bei der Post früher für unzulässig hielt, während man jetzt Postsendungen entsprechend unserem § 99 bei der Post beschlagnahmen läßt.[4]) Das folgert man aus Art. 87, 88, 89, nach denen die Verfolgungsbehörden das Recht und die Pflicht haben, die Spuren der Tat zu verfolgen.[5]) Diese ziemlich weitgehende Ansicht ist indessen auch heute noch nicht unbestritten. Man wirft ihr vielmehr mitunter vor, daß sie der Interessenkollision nicht gerecht werde, die in diesen Fällen vorhanden sei.[6])

Ebenso ist die von der französischen Lehre entwickelte Ansicht, daß bestimmte Personen außer den in Art. 156 und 322 genannten Personen ein Zeugnisverweigerungsrecht haben müssen, noch immer nicht herrschende Lehre. Am häufigsten findet man noch Ausführungen darüber, daß ein Verteidiger, ganz allgemein eine Person „d'une profession qui lui impose le secret"[7]), über das, was ihr Mandant ihr in dieser Eigenschaft anvertraut hat, ihr Zeugnis verweigern dürfe.[8]) Jedenfalls ergibt sich aus diesen Erörterungen über die Natur dieser Verbote dasselbe, was Beling in seiner Schrift über die Beweisverbote ausgeführt hat.[9])

IIe/1aa.

Eine besondere Würdigung erfordert schließlich der Mündlichkeitsgrundsatz in der Rechtsmittelinstanz.[10])

1) Ebenso Löwe-Rosenberg Anm. 9 zu § 97 und Beling, Beweisverbote S. 21, sowie Dohna S. 113. A. A. Schwarz Anm. 2 zu § 95 sowie Anm. 1 A zu § 97.
2) GA. 61, 34.
3) Wie wenig die Lehre vom Zeugnisverweigerungsrecht ausgebildet ist, zeigt beispielsweise die Anm. 14 bei Leloir Art. 156.
4) Garraud II, 200 ff. und Poittevin Art. 88 Nr. 5 ff.
5) Garraud II, 200.
6) Vgl. Poittevin Art. 87 Nr. 12/13.
7) Garraud II, 200.
8) Ebenda und Hélie S. 634 Nr. 784.
9) Beweisverbote S. 3 ff. bezeichnend dafür Hélie S. 634 Nr. 784: La dispense établie par la jurisprudence a pour object de garantir des interêts et des droits non moins sacrés que ceux de la justice.
10) Vgl. Höchster S. 279 § 195.

Er gilt in Deutschland und Frankreich für die Berufungsinstanz [1]) gleichmäßig insoweit [2]), als im Falle des Urkundenbeweises eine Verlesung der Urkunden und eine Diskussion darüber stattfinden muß [3]). Darüber hinaus muß in Deutschland, wie sich aus § 325 [2] ergibt, das Berufungsgericht die Zeugen unter bestimmten Voraussetzungen noch einmal vernehmen. Zwar kann nach Kap. 1 Art. 3 § 1 der NotVO. vom 14. 6. 32 das Berufungsgericht den Umfang der Beweisaufnahme nach freiem Ermessen bestimmen und infolgedessen einen Beweisantrag mit der Begründung ablehnen, der Sachverhalt sei genügend geklärt [4]) oder die unter Beweis gestellte Tatsache sei rechtlich unerheblich. Zu einer Verlesung von Protokollen mit den früheren Aussagen von Zeugen ist das Berufungsgericht aber auch danach nicht berechtigt, falls die Staatsanwaltschaft oder der Angeklagte [5]) nach § 325 [2] die Ladung dieser Zeugen rechtzeitig beantragt und gegen die Verlesung des Protokolls Widerspruch erhoben haben [6])

IIe/Ibb.

Demgegenüber besitzt der Angeklagte in Frankreich dieses Recht nicht. [7]) Es steht dort vielmehr entgegen § 325 [2] StPO. ganz allein im pflichtgemäßen Ermessen des Vorsitzenden, ob er den Zeugen noch einmal abhören oder ob er die „déposition écrite" verlesen will. [8]) Freilich ist auch in Frankreich der Vorsitzende des Appellationsgerichts zur nochmaligen Vernehmung des Zeugen verpflichtet, wenn eine neue Vernehmung zur Wahrheitserforschung notwendig erscheint. [9]) Das Unterlassen der neuen Vernehmung ist jedoch, weil es sich hier um eine Ermessensfrage handelt, nur dann ein Fehler, der zur Aufhebung des Urteils führt, wenn offensichtlich ein Ermessensmißbrauch vorliegt. [10])

IIe/2.

Noch weiter als in der Berufungsinstanz geht die Durchbrechung des Mündlichkeitsgrundsatzes bei der Wiederaufnahme in den Fällen des § 371 I u. II StPO. Danach ist ein schriftliches Verfahren teils vorgeschrieben, teils in das Ermessen des Gerichts gestellt. Nach Abs. 1 muß das Gericht ohne erneute Hauptverhandlung entscheiden, wenn der Verurteilte bereits verstorben ist. Die Entscheidung kann hier nur auf Freisprechung oder Ablehnung des Wiederaufnahmeantrages lauten. In allen anderen Fällen dagegen kann das Gericht, bei öffentlichen Klagen jedoch nur mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, den Verurteilten nach Abs. 2 sofort freisprechen, wenn dazu genügende (schriftliche) Beweise bereits vorliegen.

IIe/3.

Einen ähnlich seltenen Fall der Einschränkung des Mündlichkeitsgrundsatzes stellt im französischen Recht ferner der Art. 477 code d'instr. crim. dar. Im Gegensatz zu § 371 handelt es sich bei Art. 477, der nur das Kontumatialverfahren regelt, jedoch nicht um eine völlige Durchbrechung des Mündlichkeitsgrundsatzes. Vielmehr entscheidet in diesen Fällen das Gericht wie auch sonst auf Grund einer Hauptverhandlung. Im Unterschied indessen vom ge-

1) Die Revisionsinstanz scheidet bei dieser Betrachtung deshalb aus, weil in ihr grundsätzlich kein Beweis erhoben wird.

2) Krug S. 24 und 37 nimmt völlige Unvereinbarkeit von mündl. Verfahren und Berufung an. Ebenso v. Bülow S. 4. Für überflüssig hält die Berufung wegen der Mündlichkeit Savigny S. 11—13.

3) Hélie S. 472 Nr. 584 u. Löwe-Ros. Anm. 1 u. 2 § 325.

4) Recht 29 Nr. 1412 (KG.).

5) Nach GA. 72, 225 auch der Privatkläger.

6) Vgl. RGSt. 63, 228. Aehnlich JW. 1927, 2049 Nr. 75. Ferner gegen eine Umgehung durch Vorhalt RG. in JW. 1930, 154 Nr. 30 mit Zustimmung Mannheims in der Anm. dazu.

7) Garraud IV S. 610 Nr. 1538, 2 und Poittevin Art. 211 Nr. 6.

8) Hélie S. 473 ff.

9) Découvration de la vérité: Vgl. Hélie S. 474.

10) Anders, wenn ein fehlerhaftes Protokoll verlesen ist: Poittevin Art. 211 Nr. 19.

wöhnlichen Verfahren ist im Verfahren nach Art. 477 die Vernehmung der anwesenden Zeugen nicht erforderlich. Dafür ist jedoch die Verlesung der über ihre frühere Vernehmung vorhandenen Protokolle zwingend vorgeschrieben.[1]) Außerdem darf nach Art. 477 jedes ordnungsmäßige Protokoll mit der Aussage eines abwesenden Zeugen ohne weiteres verlesen werden.[2])

III.

Eine vielfach nicht genügend beachtete Vorschrift ist schließlich § 273 StPO., der neben dem weniger wichtigen § 255 die Grundlage für die Protokollierung des Urkundenbeweises darstellt. Danach muß das Protokoll die Bezeichnung der „verlesenen Schriftstücke" enthalten. Trotz dieses eindeutigen Wortlautes findet man jedoch in Protokollen häufig die Fassung, bestimmte Urkunden seien zum „Gegenstande der Verhandlung" gemacht worden. Mit Recht bemängelt das Reichsgericht diese Art der Protokollierung.[3]) Sie mag im Zivilprozeß üblich und zulässig sein. Im Strafverfahren genügt sie dagegen nicht. Nach § 273 StPO. ist vielmehr die Feststellung der Verlesung erforderlich, weil nur so das Rechtsmittelgericht nachprüfen kann, ob die Vorschriften über die Zulässigkeit und Form des Urkundenbeweises eingehalten worden sind.

Zweiter Abschnitt.

Wenn man nach dieser Betrachtung der Vorschriften über den Urkundenbeweis zu den verschiedenen Entwürfen zur Abänderung der StPO. greift, so wundert man sich nicht, daß darin auch Vorschriften über den Urkundenbeweis enthalten sind. Man ist aber erstaunt, darin nur wenige von den Fragen behandelt zu finden, die geregelt werden mußten, um manchen verhängnisvollen Streit über den Urkundenbeweis zu beenden. In der Hauptsache hat man sich mit dem Urkundenbericht[4]), dem Beweis eines Geständnisses durch Protokolle der Staatsanwaltschaft[5]), der Umgehung des § 252[6]) und der Ausdehnung des § 252 auf Protokolle mit Angaben des Angeklagten, der seine Einlassung verweigert[7]) befaßt.

Die Kritik von Binding[8]), Aschrott[9]), Kleinfeller[10]), Adickes[11]) und v. Hippel[12]) sowie Liszt[13]) zeigt, daß diese Entwürfe keine allzu günstige Aufnahme gefunden haben. Sie sind deshalb sämtlich auch nie Gesetz geworden.

Trotzdem verdient mancher Gedanke bei einer Neuregelung des Strafverfahrens beachtet zu werden. Wenn auch der Urkundenbericht (oft fälschlich Vorhalt genannt)[14]) mit der Mündlichkeit nicht vereinbar ist[15]) und deshalb der Entwurf von 1908 zu weit ging, so dürfte doch eine Klarstellung dahin zweckmäßig sein, daß entsprechend den Ausführungen S. 41/42 ausnahmsweise bei Büchern und längeren Schriften die Verlesung nur der wichtigsten Stellen erforderlich, im übrigen aber im Einverständnis der Parteien ein Bericht über den restlichen Inhalt ausreichend ist.

Eine Erweiterung des § 251 II, wie sie § 247 E. 19 für die Fälle vorsieht, in denen das Erscheinen des Zeugen besonders erschwert ist, scheint dagegen wegen der Relativität des Begriffes „erschwert" nach den Ausführungen

1) Leloir Art. 477 Nr. 1.
2) Art. 477 Nr. 6.
3) Vgl. RGSt. 64, 79 und JW. 1930, 2566 Nr. 35.
4) Vgl. Prot. d. Komm. 05, 126, Ber. d. 11. Komm. S. 50; Kleinfeller S. 16.
5) Komm. Prot. 05 II S. 505 zu § 253.
6) Ebenda zu § 251, II S. 215.
7) E. 19 § 236, 1.
8) S. 4.
9) S. 51, 58.
10) S. 15/16.
11) S. 31 ff.
12) Der Entwurf S. 113.
13) S. 36/37.
14) Wie 12).
15) Wie S. 40 ff. ausgeführt ist.

S. 51 ff. eine zu große Gefahr für den Mündlichkeitsgrundsatz darzustellen. Eine derartige Bestimmung dürfte außerdem zu einer Ueberwertung der Interessen des einzelnen führen, die im Hinblick auf die gegenüberstehenden strafprozessualen Interessen, die doch Interessen der Gesamtheit sind, ungerechtfertigt wäre.

Dafür bringen die Protokolle der Kommission 05 einen Vorschlag, der bei der dauernde Umgehung des § 252 Beachtung verdient. Danach sollte bestimmt werden, daß die Aussagen, deren Verlesung unzulässig ist, auch nicht in anderer Weise als durch Verlesung festgestellt werden können.

Schließlich sind die Vorschläge, die auf eine genaue Protokollierung der Hauptverhandlung hinzielen und das Recht auf Protokollberichtigung vorsehen [1]), von Bedeutung.

So wichtig im Einzelfalle diese Besserungswünsche sind, müssen sie doch hinter einer grundlegenden Forderung zurücktreten.

Da wir in erster Linie ein mündliches Verfahren brauchen, das nicht nur nach außen hin seine Züge trägt, müssen vor allem die Gefahren eingeschränkt werden, die geeignet sind, es auszuhöhlen. Die größte Gefahr für das mündliche Verfahren dürfte nach den Ausführungen des Besonderen Teiles der Vorhalt (d. h. der Vernehmungsbehelf) aus der Urkunde bilden.

Infolgedessen darf der Vorhalt nur insoweit zulässig sein, als er keine Gefahr für die grundlegenden Vorschriften über den Urkundenbeweis und damit für die Mündlichkeit darstellt. Das bedeutet, daß nicht verlesbare Urkunden auch nicht zum Vorhalt benutzt werden dürfen.

Aus demselben Grunde dürfen unverlesbare Urkunden nicht zu dem Zwecke verlesen werden, festzustellen, daß eine Urkunde dieses Inhalts vorhanden ist.

C.

Es soll nicht behauptet werden, daß diese Erkenntnisse, in Gesetzesform gegossen, eine absolute Gewähr für das Auffinden der Wahrheit im Strafverfahren bieten. Es ist möglich, daß auch bei ihrer Durchführung einmal menschliches Erkennen versagt und ein Unschuldiger bestraft oder ein Schuldiger freigesprochen wird.

Da aber kein menschliches Mittel vollkommen ist, darf man sich dadurch nicht abschrecken lassen und muß d a s Mittel nehmen, das uns voraussichtlich dem Ziel am nächsten bringt.

1) Mot. E. 29 Art. 67 Ziff. 146, § 273 a und dazu Mot. S. 75 zu § 146.

Lebenslauf

Ich wurde am 7. September 1910 als Sohn des damaligen Gerichtsreferendars, des jetzigen Oberregierungsrats Karl Ziegler und seiner Ehefrau Else, geb. Delitzsch, in Naumburg a. d. S. geboren. Ich besuchte zunächst die städtische Vorbereitungsschule in Magdeburg, darauf die Sexta der Bismarckschule in Magdeburg, eines Reformrealgymnasiums. Dann wechselte ich die Schule und besuchte bis zur Reifeprüfung ein humanistisches Gymnasium, und zwar die Sexta und Quinta des König-Wilhelm-Gymnasiums in Magdeburg bis Sommer 1921, von da an bis zur Reifeprüfung im Frühjahr 1928 das Friedenauer Gymnasium in Berlin-Friedenau. Die Reifeprüfung bestand ich dort „mit Auszeichnung".

Von Frühjahr 1928 studierte ich an der Friedrich-Wilhelm-Universität in Berlin sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 25. Juni 1931 die erste juristische Staatsprüfung mit „vollbefriedigend". Seit dem 6. Juli 1931 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst, zur Zeit in der letzten Station am Kammergericht.

Die vorliegende Arbeit wurde im März 1932 begonnen und im November 1932 zum ersten Male eingereicht. Die zweite Fassung, die ich am 15. Februar 1934 einreichte, unterscheidet sich von der ersten im wesentlichen nur durch die etwas ausführlichere Darstellung der Entwicklung der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts, sowie in den praktischen Hinweisen für die Prozeßreform am Ende des ersten und zweiten Teils, die im Hinblick auf die bevorstehende Umformung des Strafverfahrens gemacht wurden. Im übrigen habe ich Aenderungen grundsätzlicher Art in der Auffassung des Strafverfahrens, dem Aufbau und der Kritik nicht vorgenommen.